

DIE NUTZNIESSUNG AN WERTPAPIEREN

unter besonderer Berücksichtigung der Nutzniessung an Aktien

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

RUDOLF KOEFERLI

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss und Herrn P.-D. Dr. A. Meier

VERLAG P. G. KELLER, WINTERTHUR 1954

DIE NUTZNIESSUNG AN WERTPAPIEREN

unter besonderer Berücksichtigung der Nutzniessung an Aktien

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

RUDOLF KOEFERLI

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss und Herrn P.-D. Dr. A. Meier

VERLAG P. G. KELLER, WINTERTHUR 1954

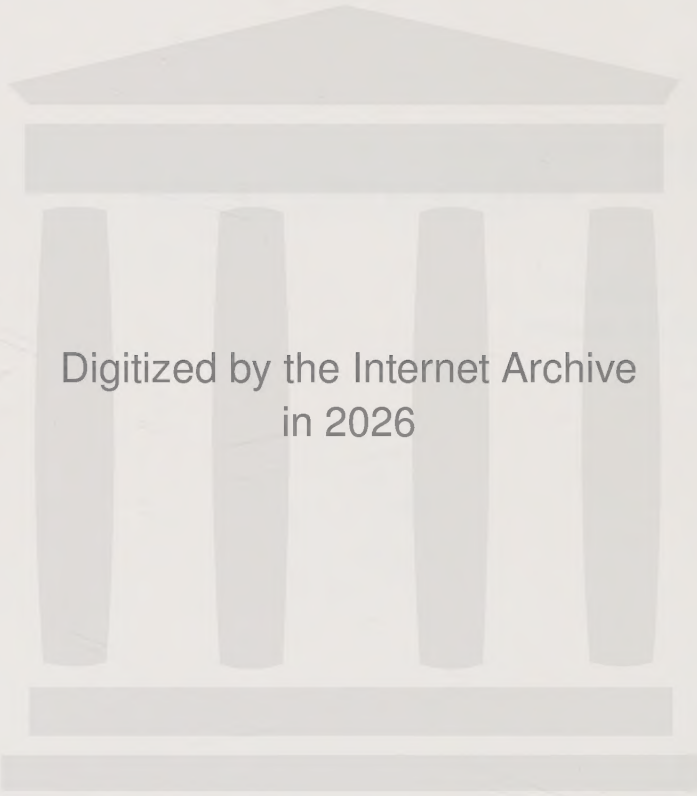
Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Juni 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. H. Nef



MEINEN LIEBEN ELTERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

VORWORT

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit einem Spezialgebiet des Nutzniessungsrechts, nämlich mit der Nutzniessung an Wertpapieren.

Im schweizerischen Recht findet sich keine vollständige gesetzliche Ordnung der Nutzniessung an Wertpapieren, vielmehr bestehen nur wenige Spezialbestimmungen. Die in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen sind infolgedessen in Literatur und Gerichtspraxis nicht immer übereinstimmend gelöst worden. Aufgabe dieser Arbeit ist es, die verschiedenen Probleme und Ansichten anhand der Literatur und Gerichtsentscheide darzustellen, um sodann zu versuchen, daraus eine möglichst klare und zweckmässige juristische Betrachtungsweise dieses Rechtsgebietes abzuleiten.

Der allgemeine Teil dieser Schrift enthält eine grundsätzliche Darlegung des Wesens und der Entstehung, sowie des Inhalts und der Beendigung der Wertpapiernutzniessung. In einem zweiten, speziellen Teil wird sodann die Nutzniessung an Aktien behandelt, die zu einer Reihe besonderer Probleme führt.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Privatdozent Dr. A. Meier-Hayoz, spreche ich für die Anregung zu diesem Thema, sowie für die wertvollen Ratschläge bei der Abfassung der Arbeit meinen aufrichtigen Dank aus.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	V
Literatur	XI
Abkürzungen	XV

Allgemeiner Teil

I. Kapitel:

Das Wesen und die Entstehung der Nutzniessung an Wertpapieren	
§ 1.	Die rechtliche Natur der Nutzniessung an Wertpapieren 1
	I. Der Begriff der Nutzniessung 1
	II. Die Wertpapiere als Objekt der Nutzniessung 2
	III. Die juristische Konstruktion des Wertpapierniessbrauchs .. 2
§ 2.	Die gesetzliche Regelung im ZGB 3
	I. Die Anwendung der Normen des ZGB 3
	II. Die Systeme der Nutzniessung an Wertpapieren 4
§ 3.	Die Wertpapiere im schweizerischen Recht und deren Eignung zur Nutzniessung 5
	I. Der Wertpapierbegriff 5
	II. Die Arten der Wertpapiere 7
	III. Die Eignung der Wertpapiere zur Nutzniessung 8
§ 4.	Die Entstehungsgründe 8
	I. Allgemeines 8
	II. Die einzelnen Entstehungsgründe 9
§ 5.	Die Bestellung der Nutzniessung an Wertpapieren 11
	I. Grundsätzliches 11
	II. Die Bestellung der Nutzniessung an Inhaberpapieren 11
	III. Die Bestellung der Nutzniessung an Ordrepapieren 13
	IV. Die Bestellung der Nutzniessung an Namenpapieren 15

II. Kapitel:

Der Inhalt und die Wirkungen der Nutzniessung an Wertpapieren

1. Abschnitt: Die Rechte und Pflichten des Nutzniessers

§ 6.	Das Verhältnis zwischen Nutzniesser und Eigentümer im allgemeinen 17
§ 7.	Das Recht auf den Ertrag 18
	I. Der Begriff des Ertrages eines Wertpapiers im ZGB 18
	II. Die Geltendmachung des Anspruchs auf den Ertrag 19
	III. Die Verteilung des Ertrages bei Beginn und Ende der Nutzniessung 20

	IV. Die Befugnis des Nutzniessers zur Beschaffung neuer Coupons	20
§ 8.	Das Recht zur Verwaltung	21
	I. Der Begriff und der Umfang der Verwaltung	21
	II. Die besondere Regelung in ZGB 773 II und III	21
§ 9.	Das Recht auf Abtretung der Wertpapiere	26
	I. Die Regelung in ZGB 775	26
	II. Die Voraussetzungen	27
	III. Die Ersatzpflicht	28
§ 10.	Das Recht auf Überlassung der Ausübung	29
	I. Das Wesen der Ausübungsüberlassung	29
	II. Die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten	30
	III. Die Rechtsstellung des Eigentümers	30
	IV. Das Ende der Ausübungsbefugnis	31
§ 11.	Das Recht auf Nutzniessung am Leistungs- und Ersatzgegenstand	31
	I. Die Nutzniessung am Leistungsgegenstand	31
	II. Die Neuanlage	32
	III. Die Nutzniessung am Ersatzgegenstand	33
§ 12.	Die Versicherungspflicht	34
	I. Das Wesen und die Voraussetzungen	34
	II. Der Inhalt	35
	III. Die Nichterfüllung	36
	IV. Die Versicherungsarten	37
§ 13.	Die Pflicht zur Lastentragung	37
	I. Allgemeines	37
	II. Die einzelnen Lasten	38
	III. Die Lasten des Eigentümers	39
§ 14.	Der Ersatzanspruch des Nutzniessers für Verwendungen	39
	I. Der Grundsatz	39
	II. Die Geltendmachung	40
	III. Das Retentionsrecht	41

2. Abschnitt: Die Rechte und Pflichten des Eigentümers

§ 15.	Das Aufsichtsrecht und das Einspruchsrecht	42
	I. Allgemeines	42
	II. Die Kontrolle	42
	III. Das Recht auf Einspruch	43
§ 16.	Das Recht auf Sicherstellung	43
	I. Das Wesen	43
	II. Die Sicherstellung bei Schenkung und gesetzlicher Nutzniessung	44
	III. Die Arten der Sicherstellung	45
	IV. Der Umfang der Sicherstellung	47
	V. Die Folgen der Nichtleistung der Sicherheit	47

§ 17. Die Inventarpflicht	49
I. Der Zweck und Inhalt des Inventars	49
II. Die Form des Inventars	50
III. Die Kosten des Inventars	50
§ 18. Das Recht auf Schadenersatz	50
I. Die Verantwortlichkeit des Nutzniessers im allgemeinen ..	50
II. Das Verschulden	51
III. Das Mass der Haftung und der Umfang des Schadenersatzes	51
IV. Die Fälligkeit des Anspruchs auf Schadenersatz	52

3. Abschnitt: Die Rechtsstellung des aus dem Wertpapier Verpflichteten

§ 19. Die Leistung und die Einreden des Verpflichteten	53
I. Die Leistung	53
II. Die Einreden	55

III. Kapitel:

Die Beendigung der Nutzniessung an Wertpapieren

§ 20. Die Untergangsgründe	56
I. Allgemeines	56
II. Die einzelnen Untergangsgründe	56
§ 21. Die Rechtsfolgen der Beendigung	59
I. Allgemeines	59
II. Die Restitutionspflicht	59
III. Die übrigen Rechtsfolgen	61

Spezieller Teil

Die Nutzniessung an Aktien

§ 22. Die Besonderheiten der Nutzniessung an Aktien	62
I. Allgemeines	62
II. Die Natur der Aktien	62
III. Die Legitimation gegenüber der Gesellschaft	64
IV. Zusammenfassung	66
§ 23. Das Recht auf Dividenden, Bauzinse und Benutzung der Einrichtungen der Gesellschaft	66
I. Das Recht auf die Dividende	66
II. Das Recht auf die Bauzinse	66
III. Das Recht auf Benutzung der Einrichtungen der Gesellschaft	68
§ 24. Das Bezugsrecht	68
I. Das Problem	68
II. Das Bezugsrecht auf neue Aktien	68
III. Die Ausgabe von Gratisaktien	70

IV. Die Rechtsstellung des Nutzniessers	71
V. Die formelle Seite der Ausübung des Bezugsrechts	72
§ 25. Das Recht auf die Liquidationsquote und die Amortisations- summe	72
I. Das Recht auf den Liquidationserlös	72
II. Das Recht auf die Amortisationssumme	73
§ 26. Das Stimmrecht	74
I. Das Problem und die verschiedenen Auffassungen	74
II. Die Regelung im OR	76
III. Die Schadenersatzpflicht	76
IV. Ist OR 690 II zwingendes Recht?	77
V. Das Depotstimmrecht	78
VI. Exkurs: Das Stimmrecht bei Obligationen in Nutzniessung	78
§ 27. Das Recht auf Anfechtung und die Auflösungsklage	79
I. Die Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse	79
II. Die Auflösungsklage	80
§ 28. Die Einzahlungspflicht auf nicht vollliberierte Aktien	81
I. Allgemeines	81
II. Das Verhältnis des Eigentümers zum Nutzniesser	81

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Affolter, F., Das Fruchtrecht, München 1911.
- André, Georges, De l'usufruit des actions, Diss. Lausanne 1930.
- Angermeier, Rudolf, Der Niessbrauch an Forderungen nach dem BGB, Diss. Giessen 1903.
- Beeler, G., Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937.
- Bernicken, H., Bezugsrecht, Gratisaktie und Kapitalertragssteuer, in Bank-Archiv 20, S. 219.
- Bertsch, Wilfried, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947, (in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft n. F. 129).
- Biermann, J., Kommentar zum BGB, Bd. III, Sachenrecht, 3. A., Berlin 1914.
- Blumenstein, E., System des Steuerrechts, Bd. I, 2. A., Zürich 1951.
- Die Vermögens- und Einkommenssteuer bei Nutzniessungsverhältnissen, in Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bd. 37, S. 417 ff.
- Breitenstein, A., Die Nutzniessung an Forderungen, Diss. Basel 1937 (in Masch.-Schr.).
- Broillet, Marcel, Der Genusschein nach dem neuen schweiz. Obligationenrecht, Diss. Zürich 1950.
- Bruderer, Hanspeter, Die Namenpapiere, Diss. Zürich 1944, (in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft n. F. 101).
- Brunner, M., Sind vinkulierte Namenaktien keine gesetzliden Ordrepapiere, in SAG 19 (1946), 5 ff.
- v. Büren, B., Zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in SAG 22 (1949/50), 149 ff.
- Bürgi, F. W., Kommentar zum ZGB, Bd. V, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Abschnitt b, Zürich 1949 ff. (im Erscheinen).
- Überlegungen zum Verkauf vinkulierter Namenaktien, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl: Vom Kauf nach schweiz. Recht, Zürich 1950 (zit. Bürgi Festgabe).
- Chuard, Jean, De l'usufruit des créances en droit civil suisse, Diss. Lausanne 1913.
- Contat, Jean, Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts, Diss. Bern 1932.
- Crome, K., System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. III, Tübingen 1905.
- Curti, E., Kommentar zum ZGB, Zürich 1911.
- Derichs, Joachim, Der Niessbrauch an Forderungen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Göttingen 1930.
- Dörig, Hugo, Die Mobilisierung von Schuldanerkennungen, Diss. Zürich 1947.
- Dreyer, Hans-E., Die Rechtsstellung des Niessbrauchsausübungsberechtigten nach deutschem bürgerlichem Recht, Diss. Marburg 1928.
- Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 6. A., Berlin 1900.
- Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III, 9. A., Marburg 1932.
- Ensslin, Richard, Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse der AG, Diss. Zürich 1930.

- Escher, A., Kommentar zum ZGB, Bd. III, 1. Hbd., Das Erbrecht, 2. A., Zürich 1937.
- Fischer, R., Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 1. Abtlg., Leipzig 1916.
- Flattet, Guy, Essai sur la nature juridique des titres nominatifs, Lausanne/Paris 1945.
- Funk, F., Kommentar des Obligationenrechts, Bd. II: Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.
- Gahl, Hans, Der Niessbrauch an Wertpapieren des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, Diss. Erlangen 1903.
- Gerits, Engelbert, Die Überlassung der Niessbrauchsausübung nach dem deutschen BGB, Diss. Bonn 1932.
- Gierke, O., Deutsches Privatrecht, Bd. II, Leipzig 1905.
- Guhl, Th., Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. A., Zürich 1948.
- Haab/Simonius, Kommentar zum ZGB, Bd. IV, 1. Abtlg., 2. A., Zürich 1929.
- Hacker, Ulrich, Der Niessbrauch von Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten, Diss. Rostock 1906.
- Heymann, Max, Der Niessbrauch an Forderungen, Diss. Erlangen 1896.
- Homberger/Marti, Nutzniessung, Schweiz. Juristische Kartothek, Karte 565, Genf 1942.
- Hueck, A., Recht der Wertpapiere, 5. A., Berlin/Frankfurt a. M. 1949.
- Hug, W., Die Rechtsverhältnisse beim Bankdepot, in 'Der Bankbetrieb und seine Revision', Zürich 1942.
- Jacobi, E., Die Wertpapiere, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 1. Abtlg., Leipzig 1917.
- Jäggi, P., Kommentar zum ZGB, Bd. V, 7. Teil: Die Wertpapiere, Zürich 1949 ff. (im Erscheinen).
- Kaderli/Zimmermann, Handbuch des Bank-, Geld- und Börsenwesens der Schweiz, Thun 1947 (zit. Kaderli).
- Karnbach, Hugo, Die Nutzniessung aus Forderungen nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1936.
- Kellerhals, F., Die Nutzniessung am Handelsgeschäft, in ZSR n. F., Bd. 31 (1912), S. 269 ff.
- Knapp, Ch., La représentation des actions de société anonyme appartenant à la femme mariée, in SAG 18 (1945), S. 157 ff.
- Koenig, W., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1951.
- Kolb, Kurt, Die Gratisaktie, Diss. Bern 1945.
- Lanz, P., Der Eigentumsübergang an vinkulierten Namenaktien, in SAG 18 (1945), S. 97 ff.
- Leemann, H., Kommentar zum ZGB, Bd. IV, Sachenrecht, 2. Abtlg., Bern 1925.
- Lehmann, K., Das Recht der Aktiengesellschaft, Bd. II, Berlin 1904.
- Liebermann, Richard, Die sachenrechtliche Nutzniessung, Diss. Zürich 1934.
- Liver, P., Kommentar zum ZGB, Bd. IV, Das Sachenrecht, 2. A., Zürich 1951.
- Locher, E., Das Recht der Wertpapiere, Tübingen 1947.
- Mariotti, Giacomo, Il diritto di voto nel pegno e nell'usufrutto di azioni, Diss. Zürich 1938.
- Maurer, Franco, Das Recht auf den Liquidationsanteil bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1951.
- Meili, F., Das Recht des Nutzniessers auf den Bezug neuer Aktien, in Holdheim Bd. 9 (1900), S. 4 ff.

- Moser, Eduard, Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem, sowie nach deutschem und italienischem Recht, Diss. Zürich 1945.
- Oftinger, K., Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Diss. Bern 1933 (zit. Oftinger Diss.).
- Kommentar zum ZGB, Bd. IV, Abtlg. 2/c: Das Fahrnispfand, 2. A., Zürich 1952.
- Oertli, Ulrich, Das Bezugsrecht der Aktionäre, Diss. Bern 1915.
- Oser/Schönenberger, Kommentar zum ZGB, Bd. V, 3. Teil, Das Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1945.
- Pappenheim, M., Zur Lehre vom Fruchtgenuss an Wertpapieren, in Holdheim Bd. 5 (1896), S. 205 ff.
- Pestalozzi-Henggeler, Regula, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948.
- Pfefferkorn, Erich, Niessbrauch an Aktien, Diss. Jena 1934.
- Pilch, Adolf, Der Niessbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Erlangen 1897.
- Planck, G., Kommentar zum BGB, Bd. III, Sachenrecht, 5. A., Berlin/Leipzig 1933.
- de Rham, Etienne, Les sûretés dues par l'usufruitier au nu-propriétaire, Diss. Lausanne 1925.
- Roelli/Jaeger, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. II, Bern 1932.
- Rossel/Mentha, Manuel du droit civil suisse, Bd. III, 2. A., Lausanne 1922.
- Rothmund, Heinrich, Die Nutzniessung an Forderungen nach schweiz. Zivilgesetzbuch, Diss. Leipzig 1916.
- Schucany, E., Die Übertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktienurkunden, in SJZ 41, S. 177 ff.
- Sebes, Werner, Der überlebende Ehegatte als Nutzniesser, Diss. Zürich 1943.
- Siegwart, A., Kommentar zum ZGB, Bd. V, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945.
- Soergel, H. Th., Kommentar zum BGB, Bd. III, 6. A., Stuttgart 1937.
- Stadlin, P., Über die Rechtsstellung des Eigentümers von in Nutzniessung stehenden Aktien, in SAG 17 (1944), S. 185 ff.
- Staub, H., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 12./13. A., Berlin/Leipzig 1926.
- Staudinger/Kober, Kommentar zum BGB, Bd. III, Sachenrecht, 2. Teil, 10. A., München/Berlin/Leipzig 1936.
- v. Steiger, F., Die Nutzniessung an Aktien, in SAG 17 (1944), S. 49 ff.
- Das Recht der AG in der Schweiz, 2. A., Zürich 1952.
- v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A., Zürich 1942/44.
- Tuor, P., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 5. A., Zürich 1948.
- Ulmer, E., Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart/Berlin 1938.
- Weber, Werner, Das Stimmrecht bei Aktien in Nutzniessung, Diss. Zürich 1927.
- Weider, Manfred, Der Niessbrauch an Aktien, in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 14 (1925).
- Weiss, G., Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum ZGB und OR, Bd. III, Zürich 1946.
- Wettstein, Georg, Die nicht voll einbezahlte Aktie. Diss. Zürich 1948.
- Wieland, A., Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namenaktien nach dem rev. OR, in Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 18, Basel 1945 (zit. Wieland Aktienbuch).

- Wieland, A., Nochmals zur Frage nach dem Eigentum an vinkulierten Namenaktien, in SAG 18 (1945), S. 177 ff.
- Sind vinkulierte Namenaktien Ordre- oder Namenpapiere, in SAG 19 (1946), S. 119 ff.
- Wieland, C., Kommentar zum ZGB, Bd. IV, Sachenrecht, Zürich 1909.
- Wertpapiere und Legitimationspapiere, in Basler Festgabe für E. Huber, Basel 1919 (zit. Wieland Festgabe).
- Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. I, 9. A., Frankfurt a. M. 1906.
- Winkler, Max, B., Das Aktienbuch, Diss. Bern 1940.
- Wolff, M., Die Gegenstände des Handelsrechts, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 1. Abtlg., Leipzig 1917.
- Ziegler, A., Kommentar zum ZGB, Bd. VII, 6. Abtlg., Anlehensobligationen, Bern 1950.

ABKÜRZUNGEN

(allgemeine Bezeichnungen, Gesetze, Sammlungen, Zeitschriften)

A.	Auflage
a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
Abtlg.	Abteilung
AG	Aktiengesellschaft
aOR	altes Schweizerisches Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881
Art.	Artikel
Bank-Archiv	Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (Berlin)
Bd.	Band
Bem	Bemerkung
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BlHE	Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich)
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
Botschaft 1928	Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24-33 des Schweiz. Obligationenrechts, Bern 1928
CCfr	Code civil français von 1804
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Entwurf II	Entwurf zum ZGB, vorgelegt mit der Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904
Erl. ZGB II	Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (von Eugen Huber) II (2. A. Bern 1914)
GGV	Verordnung über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen vom 9. Dezember 1949
gl. M.	gleicher Meinung
Hbd.	Halbband
Holdheim	Holdheim's Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen (Berlin)
IP	Inhaberpapier
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Masch.schr.	in Maschinenschrift
m. a. W.	mit andern Worten
Monatsschrift	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern)

N	Note (Fussnote oder Randnote)
n. F.	neue Folge
NP	Namenpapier
OP	Ordrepapier
OR	revidiertes Schweizerisches Obligationenrecht: BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pfandbriefges.	BG vom 25. Juni 1930 über die Ausgabe von Pfandbriefen
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
Prot. Exp. Komm.	Protokoll der Expertenkommission für das ZGB, III. Session (3.-15. November 1902); autographisch vervielfältigter Text
Rep	Repertorio di Giurisprudenza patria (Bellinzona)
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
Semjud	La Semaine judiciaire (Genève)
Seuff. Arch.	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (München/Berlin)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Sp.	Spalte
StenBull StR 1906	Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Ständerat
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
u. a.	unter anderm
u. E.	unseres Erachtens
u. U.	unter Umständen
Vorbem.	Vorbemerkungen
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
WP	Wertpapier
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge (Basel)

ALLGEMEINER TEIL

I. Kapitel:

Das Wesen und die Entstehung der Nutzniessung an Wertpapieren

§ 1. Die rechtliche Natur der Nutzniessung an Wertpapieren

1. Der Begriff der Nutzniessung

Die Nutzniessung ist das einer bestimmten Person zustehende unveräusserliche und unvererbliche dingliche Recht auf den vollen Genuss des belasteten Gegenstandes ¹.

Die Nutzniessung ist eine streng persönliche Dienstbarkeit, d. h. sie besteht ausschliesslich zum Vorteil einer bestimmten (physischen oder juristischen) Person. Das Recht steht dieser Person unübertragbar ² zu und erlischt bei natürlichen Personen mit deren Tode, bei juristischen Personen mit deren Auflösung oder nach hundert Jahren (ZGB 749) ³. Der Niessbrauch erstreckt sich auf die gesamten Nutzungen, d. h. er umfasst sowohl die Fruchtnutzung als auch den Gebrauch des belasteten Gegenstandes. Begrifflich ist es daher ausgeschlossen, dass dem Begünstigten nur bestimmte Einzelnutzungen überlassen werden. Hingegen ist es zulässig, einzelne Nutzungen vertraglich auszuschliessen, nachdem die Nutzniessung in vollem Umfang bestellt worden ist ⁴.

Dem Besteller der Nutzniessung bleibt also regelmässig nur die „nuda proprietas“ am Nutzungsobjekt ⁵. Dieses Stammrecht darf jedoch nicht weiter beschnitten werden. Der Nutzniesser ist bei Ausübung seines Rechts insoweit eingeschränkt, als er das Recht des Eigentümers nicht beeinträchtigen darf.

Die Nutzniessung ist als Dienstbarkeit ein sachenrechtliches Institut. Nicht unter den Begriff der Nutzniessung fallen daher die familienrechtlichen Nutzungsrechte des Ehemannes am eingebrachten Frauengut

1) Leemann Art. 745 N 1

2) Die Ausübung der Nutzniessung darf jedoch übertragen werden (ZGB 758); vgl. Homberger/Marti I

3) Leemann Vorbem. Art. 745 ff. N 2

4) ders. Art. 745 N 2, Wieland Art. 745 Bem 2, Crome 505, Endemann 399

5) Eine Ausnahme besteht bei der Nutzniessung an verbrauchbaren Sachen. Der Nutzniesser erlangt hier Eigentum an den Nutzniessungsgegenständen.

bei Güterverbindung (ZGB 201 I, 195 III) oder an der Ehesteuern bei Gütertrennung (ZGB 247), beider Ehegatten am Gesamtgute bei Gütergemeinschaft (ZGB 215), sowie der Eltern am Kindesvermögen (ZGB 292, 298 II). Diese Rechte unterliegen in erster Linie den Bestimmungen des Familienrechts, denn sie erscheinen als Ausflüsse des Güterstandes, bzw. der elterlichen Gewalt und sind nicht als dingliche Rechte zu betrachten⁶. Eine ergänzende, analoge Anwendung der Regeln der im Sachenrecht geordneten Nutzniessung ist gestattet, doch sind die sachenrechtlichen Artikel zum überwiegenden Teil ausgeschlossen, modifiziert oder durch andere ersetzt⁷. Diese familienrechtlichen Nutzungsrechte werden daher in dieser Arbeit nicht berücksichtigt.

II. Die Wertpapiere als Objekt der Nutzniessung

Die Nutzniessung kann sowohl an körperlichen als auch an unkörperlichen Sachen, an Rechten bestellt werden⁸. Wertpapiere, d. h. Urkunden, die Rechte verbriefen, müssen also auch als Objekte des Niessbrauchs in Frage kommen können. Die Nutzniessung an Wertpapieren erscheint als Nutzniessung an Rechten. Doch ist dies nicht ohne weiteres klar, denn diese Rechte sind eng mit der Urkunde verknüpft, ja sie sind weitgehend vom Schicksal des Papiers abhängig. Die Wertpapiere — zum mindesten Inhaber- und Ordrepapiere — werden vom Gesetz ähnlich einer beweglichen Sache behandelt. Um die juristische Natur der Nutzniessung an Wertpapieren darlegen zu können, muss daher folgende Frage beantwortet werden: Charakterisiert sich diese Nutzniessung als eine Nutzniessung an einer Sache (der Wertpapierurkunde) oder als eine Nutzniessung an einem Recht (dem verbrieften Recht)? Das Letztere ist nach allgemeiner Ansicht der Fall. Obwohl nämlich die Urkunde, die bei der Geltendmachung und Übertragung des Rechts aus dem Papier eine hervorragende Rolle spielt (OR 965), nach sachenrechtlichen Grundsätzen behandelt wird, ist sie nicht Selbstzweck. Vielmehr ist sie wegen des in ihr verbrieften Rechts da⁹. Die Nutzniessung an Wertpapieren ist trotz des fahrnisrechtlichen Einschlages dem Wesen nach Rechtsniessbrauch¹⁰. Freilich kommt die Nutzniessung an Inhaberpapieren, wie noch zu zeigen sein wird, dem Sachniessbrauch sehr nahe.

III. Die juristische Konstruktion des Wertpapierniessbrauchs

Der Gegenstand des Nutzniessungsrechts ist also selbst wieder ein Recht. Ob dies theoretisch möglich sei, ist eine seit langer Zeit umstrittene

6) Leemann Art. 745 N 18, Kellerhals 278 f

7) Leemann a. a. O.

8) ZGB 745 I, Tuor 555

9) Beeler 37, Haab/Simonius Art. 714 N 6, Jäggi Art. 967 N 4, Rothmund 24

10) Weider 4, Gierke 695

Frage. Die Vertreter der Theorie des „Rechts am Recht“ bejahen die Existenz eines Rechts, dessen Objekt wieder ein Recht ist¹¹. Die andere Auffassung verneint die Möglichkeit einer solchen Konstruktion, da nur körperliche Sachen als Gegenstände dinglicher Rechte zugelassen seien. Die Vertreter dieser Richtung bauen daher die Nutzniessung an Rechten in der Hauptsache mittels einer sogenannten konstitutiven Sukzession auf¹². Wie nun Oftinger¹³ in überzeugender Weise darlegt, besteht diese Streitfrage im schweizerischen Recht gar nicht. Denn nach ZGB sind nicht nur körperliche Sachen Objekte der dinglichen Rechte, sondern es stellt bestimmte Rechte und andere Gegenstände den Sachen gleich (ZGB 745 I, 655 Ziff. 2, 899 I, 919 II; 713). Demnach ist das dingliche Recht für das ZGB ein absolutes Recht an einer Sache oder einem andern gleich behandelten Objekt. Oftinger verweist zur Bekräftigung der vertretenen Ansicht auf das französische Recht, wo man den Gesetzgeber als selbstverständlich kompetent betrachtet hat, die Gegenstände dinglicher Rechte festzusetzen (ccfr 527, 529).

Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass die Nutzniessung an Wertpapieren unter den Oberbegriff der Nutzniessung an Rechten fällt und als ein dingliches, folglich absolutes Recht zu betrachten ist. Sie stellt ein sachenrechtliches Institut dar. Der sachenrechtliche Charakter der Nutzniessung an Wertpapieren kommt dadurch noch besonders zum Ausdruck, dass zur Bestellung die Übertragung des Besitzes an der Urkunde notwendig ist (ZGB 746, OR 967 I)¹⁴.

§ 2. Die gesetzliche Regelung im ZGB

1. Die Anwendung der Normen des ZGB

In der Folge ist zu untersuchen, inwieweit das ZGB den Fall der Nutzniessung an Wertpapieren regelt.

Das ZGB enthält weder über den Wertpapier- noch über den Rechtsniessbrauch einen besondern Abschnitt¹⁵, ordnet jedoch als Spezialfall die Nutzniessung an Forderungen (ZGB 773-775). Dabei werden die Wertpapiere in den Art. 773 II und 775 I besonders erwähnt¹⁶. Da der Gesetzgeber die Art. 773-775 mit „Forderungen“¹⁷ überschreibt, drängt

11) so Pilch 16 ff, Angermeier 60, Heymann 82, Weider 3, Gierke 690, Staudinger/Kober Vorbem. § 1068 ff N 3, Wieland Art. 774 Bem 2, Leemann Art. 774 N 3, André 16, Breitenstein 4

12) so Gahl 34, Hacker 25 ff, Derichs 42, Rossel/Mentha 58, v. Tuhr/Siegmart 821 N 3, Liver Einl. N 6, Karnbach 57, Liebermann 8, Chuard 40 ff, de Rham 17

13) Art. 899 N 5

14) Oftinger a. a. O. N 6

15) anders hingegen das deutsche BGB in §§ 1068 ff

16) ausserdem in ZGB 760 II und III

17) Marginale zu ZGB 773 ff

sich die Frage auf, ob er damit nur die Wertpapiere erfassen wollte, die Forderungen verkörpern. Wertpapiere, die Mitgliedschafts- oder Sachenrechte verbriefen, wären dem Wortlaut gemäss den betreffenden Normen nicht zu subsumieren. Es muss jedoch u. E. angenommen werden, dass der Gesetzgeber in den genannten Vorschriften nicht nur den Inhalt des Forderungsniessbrauchs bestimmen wollte, sondern dabei auch gleichzeitig die Nutzniessung an andern Rechten im Auge hatte¹⁸. Die Ansicht, dass die Art. 773-775 für die Nutzniessung an Rechten schlechthin Geltung haben, kann um so unbedenklicher vertreten werden, als noch der Randtitel zu Art. 764 des Entwurfes II zum ZGB (1904) auf „Forderungen und andere Rechte“ lautete. Die Terminologie des Gesetzes ist also hier nicht streng. „Forderungen“ im Sinne des Gesetzes umfassen sowohl Forderungen *stricto sensu* als auch andere Rechte. Demzufolge finden die betreffenden Bestimmungen auch auf die Nutzniessung an Wertpapieren Anwendung, wobei die Wertpapiere Forderungs-, Mitgliedschafts- oder Sachenrechte verbriefen können¹⁹.

Die genannten Normen schaffen aber keine vollständige Ordnung der Nutzniessung an Forderungen und andern Rechten, sondern regeln vor allem das Verhältnis des Nutzniessers und Nutzniessungsbestellers zum Schuldner oder Verpflichteten. Auf die Beziehungen zwischen Nutzniesser und Besteller müssen daher die allgemeinen Vorschriften über den Niessbrauch an Sachen zur Anwendung kommen. Das Gesetz sagt das zwar nicht ausdrücklich, es lässt sich jedoch aus dem Marginale des Art. 768 schliessen, wonach die Nutzniessung an „Forderungen“ als besonderer Anwendungsfall der Nutzniessung im allgemeinen zu betrachten ist²⁰. Da es sich bei der Nutzniessung an Rechten um ein dingliches Recht handelt, sind die Regeln über den Sachniessbrauch direkt anwendbar²¹.

II. Die Systeme der Nutzniessung an Wertpapieren

Die Vorschriften des ZGB lassen für die Nutzniessung an Wertpapieren zwei verschiedene Systeme zu: den Normalfall der eigentlichen Nutzniessung und den Sonderfall des uneigentlichen Niessbrauchs oder Quasiususfructes. Bei der eigentlichen erhält der Niessbraucher nur beschränkte Befugnisse, wobei das Stammrecht beim Besteller verbleibt. Demgegenüber sieht ZGB 775 nach dem Vorbild des römischen Rechts²²

18) gl. M. Wieland Art. 774 Bem 12, Leemann Art. 774 N 1, jedoch ohne Begründung; a. A. Rothmund 18

19) vgl. dazu Oftinger Art. 900 N 3 und N 33

20) Wieland Art. 773/774 Bem 2

21) ebenso Biernann § 1068 Bem 1, Staudinger/Kober § 1068 Bem 2bα; a. M. Wieland Art. 773/774 Bem 2, Leemann Art. 773/774 N 3, de Rham 30, Chuard 51

22) vgl. über Entstehungsgeschichte Chuard 20 ff, Rothmund 9 ff

für den Nutzniesser die Möglichkeit vor, binnen drei Monaten die Abtretung der Wertpapiere zu verlangen. Damit wird der eigentliche Niessbrauch zum Quasiususfrukt, d.h. das Recht des Niessbrauchsbestellers geht ungeschmälert auf den Ususfruktuar über gegen die Verpflichtung, den Wert der „nuda proprietas“ nach Beendigung des Rechtsverhältnisses zu ersetzen²³. Das ZGB überlässt es also dem Nutzniesser, welches der beiden Systeme er anwenden will. Er hat sich von Fall zu Fall zu entscheiden, denn keine der beiden Lösungen kann von vorneherein als die bessere bezeichnet werden²⁴.

Bevor wir nun die Begründung der Nutzniessung behandeln können, müssen wir die Wertpapiere einer nähern Betrachtung unterziehen. Es ist notwendig zu wissen, wann das schweizerische Recht von Wertpapieren spricht und in welchen Formen sie auftreten. Sodann muss geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen die Wertpapiere zur Nutzniessung zugelassen sind.

§ 3. Die Wertpapiere im schweizerischen Recht und deren Eignung zur Nutzniessung

1. Der Wertpapierbegriff

Das schweizerische Recht enthält in Art. 965 OR eine Begriffsumschreibung der Wertpapiere. Diese Definition wurde bei der Revision des OR im Jahre 1936 ins Gesetz aufgenommen, um den in Doktrin und Gerichtspraxis noch zu wenig abgeklärten Begriff ein für allemal festzusetzen. Die Legaldefinition dient allen jenen Vorschriften als Hilfsbestimmung, die für den Tatbestand „Wertpapier“ eine Rechtsfolge vorsehen²⁵. Dass OR 965 nicht nur auf die Rechtssätze des OR, sondern auch auf jene des ZGB Anwendung findet, die das Wort Wertpapier verwenden, dürfte ohne weiteres klar sein, stellt doch das OR einen Bestandteil (5. Teil) des ZGB dar. Jedoch ist jede dieser Vorschriften noch gesondert daraufhin zu prüfen, „ob und inwieweit sie nach dem ihr zugrunde liegenden Zweckgedanken auf die unter Art. 965 fallenden Sachverhalte zutrifft“²⁶.

OR 965 definiert die Wertpapiere wie folgt: „Wertpapier ist jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann.“ Demgemäss sind alle Urkunden über privatrechtliche Rechtsverhältnisse zu den Wertpapieren zu zählen, deren Innehabung privat-

23) Leemann Art. 773/774 N 2, Kellerhals 273

24) Breitenstein 7

25) vgl. Jäggi Art. 965 N 24

26) Jäggi Art. 965 N 25

rechtliches Erfordernis ist, um das verbrieftte Recht ausüben zu können²⁷. Der aus dem Papier Verpflichtete kann nur mit befreiender Wirkung leisten, wenn der Ansprecher die Vorweisungs- bzw. Aushändigungs-pflicht erfüllt. Ebenso kann das verbrieftte Recht nur mit der Werturkunde selbst erworben werden. Die Definition des Gesetzes ist hier allerdings nicht ganz genau, da auch Präsentationspapiere darin eingeschlossen sind, bei welchen das verbrieftte Recht auch nur zusammen mit der Urkunde geltend gemacht werden kann, die aber nicht zu den Wertpapieren gezählt werden dürfen, weil der Schuldner auch an einen Gläubiger zahlen kann, der nicht im Besitze der Urkunde ist²⁸.

Bei jedem Wertpapier kann man das Recht aus dem Papier und das Recht am Papier unterscheiden. Unter dem Recht aus dem Papier versteht man das im Wertpapier verbrieftte Recht, unter dem Recht am Papier das Eigentum am Wertpapier als beweglicher Sache²⁹. In einem Teil der Literatur über das Wertpapierrecht wird die Auffassung vertreten, dass nur dann ein Wertpapier vorliege, wenn das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folge³⁰, d. h., wenn die Übertragung des Eigentums am Papier gleichzeitig die Übertragung des verbrieften Rechts zur Folge habe³¹. Der Begriff der Wertpapiere bleibt danach den Inhaber- und Ordrepapieren vorbehalten. Das schweizerische OR erklärt aber auch Namenpapiere, bei denen das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier folgt, als Wertpapiere (OR 965, 974 ff)³². Entscheidend für den gesetzlichen Wertpapierbegriff des schweizerischen Rechts ist, „dass die Geltendmachung des Rechts durch die Innehabung des Papiers bedingt ist“³³.

Ob aber eine einzelne Urkunde die Merkmale eines Wertpapiers aufweist, ist für jedes Papier von Fall zu Fall zu bestimmen. In der Praxis besitzt jedoch diese Untersuchung der Wertpapiernatur keine allzu grosse Bedeutung, weil die meisten Papiere, die im Verkehr vorkommen, zu einer bestimmten Art gehören. Die Natur dieser Urkundentypen ist aber von vorneherein generell festgelegt, so dass der Wertpapiercharakter einer einzelnen Urkunde schon durch die Feststellung der Zugehörigkeit zu einem Typ bestimmt ist³⁴. Anlass zu Unsicherheit gibt allerdings immer wieder das Sparheft (Depositenheft, Einlageheft). In der Praxis wurde bis heute dem Sparheft die Wertpapiereigenschaft zum grossen

27) Locher 4

28) Beeler 13

29) Locher 6

30) so z. B. Ulmer 20

31) Locher a. a. O.

32) Das alte Recht anerkannte die NP nicht als WP. Dementsprechend entschied auch das BGer in BGE 42 II 210. In BGE 49 II 354 hat dann das BGer erstmals den NP die WP-Eigenschaft zugesprochen. Vgl. über die Rechtsentwicklung Jäggi Art. 965 N 8 ff.

33) Hueck 4

34) Jäggi Art. 965 N 247

Teil abgesprochen oder die Frage offen gelassen³⁵. Auch die Literatur ist vorwiegend der Auffassung, die Sparhefte seien in der Regel nur als Beweisurkunden ausgestaltet³⁶. Damit das Sparheft als Wertpapier angesehen werden kann, muss der Wertpapiercharakter u. E. unzweifelhaft und eindeutig aus den begedruckten Reglementsbestimmungen hervorgehen. Sie müssen also zum Ausdruck bringen, dass das Forderungsrecht derart mit dem Sparheft verknüpft ist, dass es ohne Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann. Nur in diesem Fall liegt ein Wertpapier, und zwar, da es meistens auf einen bestimmten Namen lautet, ein Namenpapier vor³⁷. Zur Erleichterung des Schalteredienstes und Milderung der Verantwortlichkeit behalten sich die Banken vielfach das Recht vor, den Vorweiser ohne weiteres als den berechtigten Inhaber anzusehen. Andererseits ermächtigen sie sich, über den jeweiligen Besitz der Urkunde und die Berechtigung zur Empfangnahme von Zahlungen Ausweis zu verlangen³⁸. Ein als Namenpapier ausgestelltes Sparheft wird durch diese Legitimationsklausel zum hinkenden Inhaberpapier (OR 976)³⁹.

Als nicht zu den Wertpapieren und deshalb nicht in den Rahmen dieser Arbeit gehörend, erscheinen folgende Urkundentypen⁴⁰: a. Die Beweisurkunden, die als blosse Beweismittel dienen, während ihnen die für die Wertpapiere typischen Eigenschaften (OR 965 ff.) fehlen (z. B. der Schuldschein). b. Die gewöhnlichen Legitimationspapiere, aus denen der Schuldner berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, jedem Inhaber des Papiers mit befreiender Wirkung zu leisten. c. Die gewöhnlichen Präsentationspapiere, bei welchen die Geltendmachung des verbrieften Rechts nur gegen Vorlegung des Papiers möglich ist. Diese Präsentationsklausel, die auch bei Wertpapieren vorhanden ist, macht die Urkunde allein jedoch nicht zum Wertpapier. Näheres über die Wertpapiere und deren Abgrenzung von den sonstigen Urkunden ist der Spezialliteratur zu entnehmen⁴¹.

II. Die Arten der Wertpapiere

Die Wertpapiere können auf verschiedene Weise eingeteilt werden. Nach dem verkündeten Recht unterscheidet man forderungsrechtliche (Obligationen, Genussscheine, usw.), mitgliedschaftsrechtliche (Aktien,

35) vgl. BGE 10, 282, 23 I 782, 23 II 1650, 25 II 330, 67 II 30, Pra. 30 Nr. 61, JT 89 I 393, Semjud 63, 304, Rep 74, 305, ZBJV 78, 575, Rep 75, 453, BlZR 45, 171

36) vgl. Wieland Festgabe 17 ff, Haab/Simonius Art. 714 N 12, Beeler 273 ff, Bruderer 68 ff; a. A. Jäggi Art. 965 N 291

37) Beeler 274

38) Bruderer 69

39) ders. 71, Beeler 275, Hueck 119

40) vgl. Oftinger Art. 901 N 12 ff

41) z. B. Jäggi Art. 965 N 184 ff, Beeler 1 ff, Bruderer 4 ff

Interimsscheine) und sachenrechtliche Papiere (Schuldbrief, Gült, Anleihenstiel mit Pfandrecht nach ZGB 875)⁴².

Von allen Gruppierungen erscheint freilich die gesetzliche Einteilung als die wichtigste. Diese richtet sich nach der Person des Berechtigten. Danach differenziert man zwischen Inhaber-, Ordre- und Namenpapieren. Je nach dem, ob Inhaber-, Ordre- oder Namenpapiere vorliegen, schreibt das Gesetz eine besondere Form der Übertragung vor. Da auch die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts die Übertragung der Urkunde erfordert (OR 967), richten wir uns in der Folge nach dieser Einteilung.

III. Die Eignung der Wertpapiere zur Nutzniessung

Damit ein Wertpapier mit Nutzniessung belastet werden kann, muss es bestimmte Qualitäten aufweisen, die dem Begünstigten, dem Zweck der Nutzniessung entsprechend, einen wirtschaftlichen Vorteil sichern⁴³. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Wertpapiere übertragbar sind (ZGB 746 I, OR 967). Dieses Erfordernis erfüllen die meisten Wertpapiere. Für die Belastung mit Niessbrauch kommen also lediglich solche Titel nicht in Frage, deren Übertragung auf Grund von Statuten usw. nicht gestattet ist.

Noch eine weitere Voraussetzung muss jedoch hinzutreten. Das Wertpapier muss bestimmungsgemäss einen Nutzen bieten können (ZGB 745 II). Dabei haben wir vor allem an Zinsen, Dividenden, usw. zu denken⁴⁴. Vereinigt also ein Wertpapier diese beiden Voraussetzungen in sich, so muss ihm auch die Fähigkeit zugeschrieben werden, Objekt der Nutzniessung zu sein.

Nachdem nun die Grundlagen gegeben sind, können wir die Entstehung der Nutzniessung an Wertpapieren im einzelnen betrachten.

§ 4. Die Entstehungsgründe

I. Allgemeines

ZGB 746 I verlangt zur Bestellung einer Nutzniessung „bei beweglichen Sachen oder Forderungen die Übertragung auf den Erwerber...“ Infolge ihres besonderen Charakters werden Wertpapiere wie bewegliche Sachen übertragen. OR 967 I bestimmt nämlich, dass bei Übertragung des Wertpapiers „...zu einem beschränkten dinglichen Recht“ in allen

42) vgl. Beeler 16, Jäggi Art. 965 N 272, Guhl 696 ff, Gierke 122 ff, Hueck 11 ff, Ulmer 28 ff, Locher 18 ff

43) Karnbach 12

44) vgl. im einzelnen hinten § 7

Fällen die „Übertragung des Besitzes an der Urkunde“ nötig ist. Das Gesetz stellt allerdings bei Ordre- und Namenpapieren, im Gegensatz zu den Inhaberpapieren, noch zusätzliche Erfordernisse auf: die Indossierung, bzw. die „schriftliche Erklärung“ (OR 967 II). Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlich fahrnis-sachenrechtlichen Behandlung der Wertpapiere bei der Bestellung eines Niessbrauchs⁴⁵.

Dieser Bestellung des Nutzniessungsrechtes liegt jeweils eine causa zugrunde, welche entweder in einem Rechtsgeschäft oder einer gesetzlichen Bestimmung bestehen kann.

II. Die einzelnen Entstehungsgründe

A. Rechtsgeschäfte

Beim rechtsgeschäftlichen Erwerb der Nutzniessung muss scharf differenziert werden zwischen Kausalgeschäft und Verfügungsgeschäft. In ersterem statuieren die Parteien die obligatorische Verpflichtung zur Einräumung des dinglichen Rechts, letzteres (die Übertragung des Wertpapiers) lässt die vertraglich festgelegte Einräumung des Niessbrauchsrechts dinglich wirksam werden⁴⁶. Ob das Verfügungsgeschäft abhängig ist vom Grundgeschäft, ist bestritten. Das ZGB bejaht, wie sich aus Art. 974 und 975 ergibt, die kausale Natur bei Zuwendungen von Eigentum und anderer dinglicher Rechte an Grundstücken. Für den Fahrnisverkehr besteht jedoch keine Gesetzesbestimmung, die das Verhältnis zwischen Verfügungsgeschäft und Grundgeschäft umschreibt. Trotzdem wird heute der kausale Charakter des Verfügungsgeschäftes auch bei Fahrnis allgemein anerkannt⁴⁷. Das hat zur Folge, dass die Nutzniessung an Wertpapieren als nicht begründet gilt, sobald sich das Kausalgeschäft als ungültig erweist.

Folgende Kausalgeschäfte können zur Bestellung einer Nutzniessung an Wertpapieren führen:

1. Rechtsgeschäfte unter Lebenden, so vor allem Kauf, Tausch und Schenkung. Der Anspruch entsteht bei Kauf und Tausch, wenn nichts anderes vereinbart, mit dem Abschluss des Vertrages (OR 184, 237), bei der Schenkung mit dem schriftlichen Schenkungsversprechen (OR 243). Als weiterer Entstehungsgrund kommt der Ehevertrag in Betracht (ZGB 179 ff.). Der Anspruch auf Bestellung der Nutzniessung kann hier frühestens mit der Erfüllung der gesetzlichen Formvorschriften geltend gemacht werden.

45) vgl. Otfinger Art. 901 N 33

46) Liebermann 12

47) BGE 55 II 306 ff., 60 II 95, Haab/Simonius Art. 714 N 16, Otfinger Diss. 131/132, v. Tuhr/Siegwart 194, Liebermann 13, Rothmund 32, Wieland Art. 714 Bem 3 b; a. A. Leemann Art. 714 N 23 ff

2. Verfügungen von Todes wegen, insbesondere zugunsten des überlebenden Ehegatten (ZGB 473, 484 II, 561, 563) durch letztwillige Verfügung (ZGB 498 ff.) oder Erbvertrag (ZGB 512 ff.). Es ist noch zu beachten, dass der Vermächtnisnehmer mit dem Tode des Erblassers auch nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Bestellung erlangt⁴⁸.

Ebenfalls kann eine Stiftung als Verfügung von Todes wegen (ZGB 493) oder als Stiftung zu Lebzeiten (ZGB 80 ff.) zur Bestellung eines Ususfruktes Anlass geben.

B. Gesetz

In einer Reihe von Fällen liegt der Entstehungsgrund unmittelbar in einer Gesetzesvorschrift. Bei dieser gesetzlichen Nutzniessung tritt die dingliche Wirkung schon mit dem Vorliegen des Entstehungsgrundes *eo ipso* ein. Die Nutzniessung entfaltet also ihre dingliche Wirkung unabhängig von der bei der Begründung durch Rechtsgeschäft erforderlichen Besitzübertragung⁴⁹. Kraft seines dinglichen Rechts ist aber der gesetzliche Nutzniesser in der Lage, die Übertragung der Wertpapiere zu bewirken, und zwar auch gegen den Willen des Eigentümers. An der Übertragung hat der Nutzniesser ein zweifaches Interesse. Einmal wird es ihm dadurch möglich, die Erträge selbst zu ziehen, wozu er ja das Recht hat (ZGB 773), sodann kann er verhindern, dass ein Dritter die belasteten Wertpapiere vom Eigentümer gutgläubig erwirbt⁵⁰.

Die gesetzliche Nutzniessung ist in folgenden Fällen vorgesehen:

1. Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen des Art. 460 II und III, sowie des Art. 462 ZGB erhalten die Urgrosseltern, die Geschwister und der überlebende Ehegatte die Nutzniessung an entsprechenden Quoten der Erbschaft. Die dingliche Wirkung tritt mit dem Tode des Erblassers ein (ZGB 561 II).

2. Ein weiterer gesetzlicher Entstehungsgrund liegt in ZGB 750 III, wonach die Nutzniessung an den Ersatzgegenständen für untergegangene Nutzniessungsobjekte weiterbesteht. Ebenso kann die Nutzniessung an Wertpapieren auf Grund von ZGB 774 II entstehen, wo die Nutzniessung an Leistungsgegenstand vorgesehen ist.

48) Leemann Art. 746 N 3, Escher Art. 561 N 4

49) Escher Art. 462 N 14

50) Sebes 51/52

§ 5. Die Bestellung der Nutzniessung an Wertpapieren

I. Grundsätzliches

Bei Fälligkeit des Anspruchs des Bedachten auf Bestellung, bzw. auf Verlangen des gesetzlichen Nutzniessers, muss der Besitz an den Wertpapieren übertragen werden. Wie bereits ausgeführt, richtet sich die Übertragung von Wertpapieren grundsätzlich nach den fahnris-sachenrechtlichen Bestimmungen (ZGB 746 II, 714, 922 ff.). Auch hier können die Ersatzmittel der Besitzübertragung als genügend betrachtet werden. Die Besitzübertragung kann sich demnach auch durch die „brevi manu traditio“, die Besitzeanweisung (ZGB 924) oder das Besitzeskonstitut (ZGB 924) vollziehen⁵¹.

Nach welchen Formen sich die Übertragung der Wertpapiere zu Nutzniessung im einzelnen vollzieht, richtet sich nach der Art der Wertpapiere.

II. Die Bestellung der Nutzniessung an Inhaberpapieren

Ein Inhaberpapier liegt dann vor, „wenn aus dem Wortlaut oder der Form der Urkunde ersichtlich ist, dass der jeweilige Inhaber als Berechtigter anerkannt wird“ (OR 978). Dass der jeweilige Inhaber aus dem Papier berechtigt ist, braucht dieser nicht zu beweisen. Der aus dem Papier Verpflichtete kann also, ja muss sogar an den Inhaber leisten, ausgenommen im Falle, wo ein gerichtliches oder polizeiliches Zahlungsverbot erlassen worden ist (OR 978 II) oder die Leistung arglistig oder grob fahrlässig erfolgt ist (OR 966 II)⁵².

A. Aus der Natur der Inhaberpapiere ergibt sich, dass zur Bestellung der Nutzniessung die *Übergabe der Urkunde* genügt. Für den Besteller wirkt sich dabei jedoch die Tatsache ungünstig aus, dass durch die Übertragung des Besitzes der Nutzniesser gegenüber Dritten den Rechtschein eines Eigentümers erhält. Die Besitzübertragung macht natürlich den Nutzniesser nicht zum Eigentümer. Ausschlaggebend für den Rechtsübergang ist nicht die äussere Form, sondern der zugrunde liegende Parteiwille⁵³. Die Legitimation des Nutzniessers geht also weit über den Niessbrauchszweck hinaus. Das Mehr an Legitimation gegenüber der materiellen Berechtigung ist ihm zu treuen Händen übertragen⁵⁴. Es besteht natürlich eine gewisse Gefahr, dass der Ususfruktuar die weitgehende Legitimationskraft des Inhaberpapiers ausnützt, um sich wider-

51) vgl. Sebes 53

52) vgl. Oetinger Art. 901 N 41

53) vgl. Gierke 150, Hacker 77

54) Gierke 151

rechtliche Vorteile zu verschaffen⁵⁵. Von besonderer Bedeutung ist deshalb ZGB 760 II/III, wo der Eigentümer das Recht erhält, die Hinterlegung der Wertpapiere zu verlangen. Die formelle Legitimation entspricht hier dem wirklichen Recht.

Auch das deutsche BGB sieht Schutzmassnahmen gegen allfälligen Missbrauch der besondern Stellung des Nutzniessers von Inhaberpapieren vor. Es bestimmt daher in § 1081 II, dass die Bestellung durch Einräumung des Mitbesitzes zu erfolgen habe. Diese Bestellungsart ist auch nach schweizerischem Recht möglich. Nur die Coupons gehen in diesem Fall in den Alleinbesitz des Nutzniessers über⁵⁶.

Dem Schutze des Erwerbers (Nutzniessers) dienen neben den Normen vom gutgläubigen Erwerb (ZGB 714 ff.) der spezifisch wertpapierrechtliche Einwendungsausschluss. Der redliche Erwerber darf sich darauf verlassen, dass dem Vormann „das Recht in dem Umfang zusteht, in dem es im Papier niedergelegt ist“⁵⁷. Dem gutgläubigen Erwerber gegenüber sind also nur solche Einreden zulässig, welche die Gültigkeit der Urkunde betreffen oder aus der Urkunde selbst hervorgehen, sowie solche, die dem Drittschuldner gegen den Nutzniesser persönlich zustehen (ZGB 866, 872, OR 979).

B. Die Nutzniessung an Inhaberpapieren kann ebenfalls durch *Übergabe des indossierten Titels* bestellt werden. Die Übertragung der Inhaberpapiere mittels Indossaments muss auf Grund des bundesrätlichen Entwurfes zu Art. 967 sowie der Botschaft 1928⁵⁸ als statthaft erachtet werden⁵⁹. Das Indossament, Voll- oder Blankoindossament, muss die gleiche Form aufweisen wie beim Wechsel (OR 968), hat hingegen nicht die Wirkungen des Wechselindossaments. Der Indossatar erwirbt in diesem Fall, wie durch eine Abtretungserklärung, nur die Rechte des Vormannes. Deshalb besteht keine wertpapiermässige Einredebeschränkung. Der aus dem Wertpapier Verpflichtete kann dem Nutzniesser alle Einreden entgegensetzen, die ihm auch gegen den Indossanten zugestanden hätten. Ebenso wenig gilt der Schutz des gutgläubigen Erwerbs⁶⁰.

C. Als weitere Bestellungsart kommt die *Übergabe des Inhaberpapiers mit einer besondern schriftlichen Erklärung* nach OR 164 ff. in Frage. Die Erklärung hat die schon im vorstehenden Falle erwähnten Wirkungen. Gegenüber Fall B unterscheidet sich diese Bestellungsform lediglich in rein formaler Hinsicht, indem die Begründung einer Nutzniessung auf der Urkunde selbst nicht ersichtlich ist⁶¹.

Die hier unter B und C behandelten Begründungsarten sind aber nur

55) vgl. ZGB 773 II, OR 978 I, 966 II

56) Beeler 143 N 26

57) Ulmer 58

58) 109

59) vgl. Beeler 75

60) Beeler 75/76

61) ders. 76

sinnvoll, wenn aus den Übertragungsvermerken das Niessbrauchsverhältnis ersichtlich ist. Wird eine solche Nutzniessungsklausel angebracht, so erhalten wir die wünschenswerte Lösung, wonach die formellrechtliche der materiellrechtlichen Stellung des Nutzniessers entspricht.

III. Die Bestellung der Nutzniessung an Ordrepapieren

Nach dem OR sind Wertpapiere dann Ordrepapiere, wenn sie an Ordre lauten oder das Gesetz sie als solche erklärt (OR 1145). Demgemäss spricht man von gesetzlichen und gewillkürten Ordrepapieren. Zu den gesetzlichen (geborenen) Ordrepapieren gehören Wechsel (OR 1001 I), Namencheck (OR 1108), Namenaktie (OR 684 II), auf den Namen ausgestellte Grundpfandtitel (ZGB 869 II) und Warenpapiere (OR 1152 II)⁶². Diese Papiere sind im Gegensatz zu den gewillkürten (gekorenen) auch als Ordrepapiere zu betrachten, wenn sie nicht ausdrücklich an Ordre lauten. Das bedeutet für die Übertragung, dass das Indossament auf einem geborenen Ordrepapier immer wertpapiermässige Wirkungen entfaltet, ausgenommen bei Vorliegen einer Rektaklausel. Das Indossament besitzt die Fähigkeit, alle Rechte aus dem Papier zu übertragen (OR 1004 I; 967 II, 968 II, 969; 1143 Ziff. 4; 1152 I, ZGB 869 II) und damit eine Einredebeschränkung zu verbinden (OR 1007, 1146; 1143 Ziff. 5; ZGB 865/866, 872)⁶³.

A. Wird die Nutzniessung durch *Übergabe des vollindossierten Papiers* bestellt, so erlangt der Nutzniesser die Legitimation eines Eigentümers. Dies gilt allerdings nur dann, wenn sich der Inhaber durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten ausweisen kann (OR 1006 I)⁶⁴. Es besteht Einredausschluss und Schutz des guten Glaubens beim Erwerb im Sinne von OR 1006 II, 1112, 1152 II⁶⁵. Einreden aus der Zeit vor der Bestellung der Nutzniessung sind vom Nutzniesser nur dann zu beachten, wenn der Beweis erbracht ist, dass er den Rechtsmangel gekannt hat⁶⁶. Ebenfalls die formellrechtliche Stellung eines Eigentümers erhält der Nutzniesser bei

B. der Bestellung durch *Übergabe des blankoindossierten Titels* (OR 1003 II, 1004 II). Liegen bereits in blanco indossierte Papiere vor, so genügt zur Bestellung die Übergabe der Urkunde (OR 1004 Ziff. 3). Die bei den Inhaberpapieren erwähnte Gefahr des Missbrauchs der formellrechtlichen Stellung kann also auch bei Ordrepapieren vorhanden sein. Die idealste Art der Bestellung ist auch hier diejenige, welche dem Nutz-

62) vgl. ders. 24

63) vgl. Otfinger Art. 901 N 60

64) vgl. vorn S. 12

65) vgl. ders. Art. 901 N 61, Beeler 143

66) Beeler 143/144

niesser nur die seiner materiellen Berechtigung entsprechende Legitimation erteilt. Dieses Ziel kann durch

C. *Übertragung mittels Nutzniessungsindossaments* erreicht werden. Man spricht dann von einem Nutzniessungsindossament, wenn dem gewöhnlichen Indossament der Zusatz „zur Nutzniessung“ oder ein gleichbedeutender Vermerk beigelegt wird. Dadurch wird dem Dritten die materielle Rechtsstellung des Indossatars dargelegt. Dieser ist folglich nur im Rahmen seiner dinglichen Berechtigung legitimiert. Die Zulässigkeit eines solchen beschränkenden Zusatzes ist jedoch bestritten⁶⁷. Die herrschende Ansicht anerkennt richtigerweise ein derartiges Indossament⁶⁸. Da andere beschränkte Indossamente, wie Prokura- und Pfandindossamente, von Theorie und Praxis anerkannt sind, ist auch nicht einzusehen, warum ein das Nutzniessungsverhältnis anzeigender Übertragungsvermerk nicht zulässig sein soll⁶⁹. Dem Nutzniesser wird dadurch die Möglichkeit genommen, mehr Rechte auszuüben als in der Nutzniessung enthalten sind. Ebenso wenig können Dritte bei Überschreiten der Befugnisse seitens des Nutzniessers als gutgläubig betrachtet werden. Aus diesen Gründen ist die Bestellung des Niessbrauchs an Ordrepapieren durch Übertragung der Urkunden mittels Nutzniessungsindossaments am vortheilhaftesten.

D. Eine weitere Möglichkeit, die Nutzniessung an Ordrepapieren zu begründen, besteht in der *Übergabe des Wertpapiers* ohne Indossament, jedoch verbunden mit einer *Abtretungserklärung*. Dabei können wieder verschiedene Unterarten auseinandergehalten werden.

1. Ist die Abtretungserklärung in einer besondern Urkunde niedergelegt, so verliert das Ordrepapier seine besondern Eigenschaften, d. h. der gutgläubige Erwerb ist ausgeschlossen, ebenso wenig spielt die wertpapiermässige Beschränkung der Einreden. Es gelten die Regeln der gewöhnlichen Zession (OR 164 ff.).

2. Wird die Abtretungserklärung auf das Wertpapier gesetzt, besteht die Vermutung, dass hiemit ein Indossament vorliege. Und zwar hat es die Wirkung eines Vollindossaments, da die Erklärung formell die volle Übertragung des Rechts aus dem Papier verkündet⁷⁰.

3. In den beiden genannten Fällen wird mit Vorteil der Zweck der Abtretung durch einen Nutzniessungsvermerk erkennbar gemacht. Eine solche Bestellungserklärung entspricht, sofern sie auf die Urkunde gesetzt ist, in ihren Wirkungen dem Nutzniessungsindossament.

67) Weider 21/22

68) vgl. Wieland Art. 774 Bem 10 d bb, Leemann Art. 774 N 20, Hacker 83, Breitenstein 18

69) Hacker 82, Gierke 150

70) vgl. Oftinger Art. 901 N 92 und 94

IV. Die Bestellung der Nutzniessung an Namenpapieren

Das OR bezeichnet diejenigen Wertpapiere als Namenpapiere, die auf einen bestimmten Namen lauten und weder an Ordre gestellt, noch gesetzlich als Ordrepapiere erklärt sind. (OR 974)⁷¹. Den Namenpapieren fehlen die Besonderheiten der Wertpapiere öffentlichen Glaubens (IP und OP). Es besteht weder ein Schutz des guten Glaubens noch eine Beschränkung der Einreden. Bei Namenpapieren folgt das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier⁷².

Die Übertragung des Namenpapiers erfordert denn auch neben der *Übergabe der Urkunde* eine „*schriftliche Erklärung*“ (OR 967). Diese technische Abtretungserklärung⁷³ kann, wie aus OR 967 II hervorgeht, sowohl auf das Papier selbst als auch auf eine besondere Urkunde gesetzt werden. Wird bei der Bestellung der Nutzniessung ein Abtretungsvermerk auf das Wertpapier gesetzt, sei es nun in Form eines Vollindossaments oder eines Nutzniessungsindossaments, so erzeugt er jedoch keine der bei Ordrepapieren typischen wertpapiermässigen Wirkungen. — Ebenfalls zulässig ist die Abtretung in Form einer Blankozession⁷⁴.

Der Nutzniesser erwirbt in jedem Falle nur soviel Rechte, als dem Eigentümer zustehen. Einreden aus der Person sämtlicher Vormänner sind zulässig. Sind die Namenpapiere voll übertragen worden, so ist der Nutzniesser wie ein Zessionar legitimiert. Ein derartig ausgewiesener Nutzniesser kann aber dem gutgläubigen Dritten den Erwerb des Namenpapiers verschaffen, denn jener ist ja wie ein Eigentümer legitimiert. Insofern muss auch hier der Schutz des guten Glaubens gelten⁷⁵. Es ist deshalb auch bei Namenpapieren notwendig, die Nutzniessung nach aussen durch einen *Zusatz* erkennbar zu machen, will man verhüten, dass der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Niessbraucher zahlen kann (OR 975, 966 II)⁷⁶.

In gleicher Weise muss ein Zusatz „zur Nutzniessung“ bei *hinkenden Inhaberpapieren*⁷⁷ (OR 976) vom Schuldner beachtet werden. Denn, kann dieser erkennen, oder hätte er erkennen können, dass der Ansprecher nicht der Berechtigte ist, so muss er den Umfang der materiellen Berechtigung des Vorweisers prüfen⁷⁸. Macht z. B. eine Bank Auszahlungen an den Nutzniesser eines Sparheftes, obwohl sie weiss, dass dieser zur Entgegennahme der in Frage stehenden Beträge nicht berechtigt ist, bleibt sie dem wirklichen Berechtigten gegenüber verpflichtet⁷⁹. Im Ge-

71) Beispiele: Rektawechsel, Rektacheck, etc.

72) Bruderer 103

73) ders. 105

74) ders. 110, Beeler 88, Oftinger Art. 901 N 110

75) Beeler 146; a. A. Oftinger Art. 901 N 109

76) Bruderer 119

77) z. B. Sparheften

78) Bruderer a. a. O.

gensatz zu den Inhaber- und Ordrepapieren ist es jedoch im Streitfalle nicht entscheidend, ob der Schuldner die mangelnde Berechtigung zu beweisen vermag; vielmehr muss der Inhaber der Werturkunde den Nachweis seiner Befugnisse erbringen ⁸⁰.

79) Ulmer 96

80) ders. a. a. O.

II. Kapitel:

Der Inhalt und die Wirkungen der Nutzniessung an Wertpapieren

1. Abschnitt

Die Rechte und Pflichten des Nutzniessers

§ 6. Das Verhältnis zwischen Nutzniesser und Eigentümer im allgemeinen

Nachdem wir gesehen haben, welche Bestellungsformen bei Wertpapieren vorkommen können, sollen nun die aus dem Nutzniessungsrecht fließenden materiellen Berechtigungen untersucht werden.

Dem Zweck der Nutzniessung entsprechend sind dem Nutzniesser die wirtschaftlichen Vorteile der Wertpapiere eingeräumt, während die Substanz der Objekte dem Eigentümer erhalten bleiben soll. Auf dieser Grundlage entsteht zwischen Eigentümer und Nutzniesser ein Rechtsverhältnis, entstehen gegenseitige Rechte und Pflichten. Der Hauptanspruch des Nutzniessers ist naturgemäss das Recht auf den Ertrag. Dieses Recht, das ihm unter Ausschluss des Eigentümers zusteht, erzeugt anderseits die Pflicht, jede Einwirkung auf die Nutzniessungsobjekte zu unterlassen, die geeignet ist, die Substanz anzugreifen. Demzufolge hat der Nutzniesser auch die gewöhnlichen Lasten zu tragen, die zur Erhaltung der belasteten Gegenstände notwendig sind. Gleichfalls hat er Eingriffe Dritter abzuwehren.

Es ist klar, dass anderseits der Eigentümer wirksame Garantien gegen Missbräuche durch den Nutzniesser besitzen muss. Diese Garantien bietet das Gesetz hauptsächlich in der Form des Aufsichtsrechts, des Einspruchsrechts, sowie des Anspruchs auf Sicherstellung.

Alle diese Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Nutzniesser sind obligatorischer Natur. Man bezeichnet denn auch das Verhältnis zwischen Eigentümer und Niessbraucher als Legalschuldverhältnis. Aus solchen Rechtsbeziehungen persönlicher Natur haften sowohl Nutzniesser wie Eigentümer mit ihrem ganzen Vermögen, und deren Verletzungen unterstehen den Normen über die Nichterfüllung von Vertragspflichten (OR 97 ff.)⁸¹.

Da die meisten Normen des Nutzniessungsrechts nicht zwingender Natur sind, ist es möglich, das Verhältnis zwischen Nutzniesser und

81) Leemann Art. 745 N 7

Eigentümer rechtsgeschäftlich abzuändern. Dabei darf jedoch nicht gegen das Wesen des Niessbrauchs verstossen werden, insbesondere nicht der Grundsatz der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit (ZGB 749, 751) verletzt werden ⁸².

§ 7. Das Recht auf den Ertrag

1. Der Begriff des Ertrages eines Wertpapiers im ZGB

Das Hauptgewicht der Nutzniessung liegt, wie wir festgestellt haben, in der Befugnis des Berechtigten, die Früchte zu erwerben ⁸³. Die Früchte der Forderungen bezeichnet das ZGB als Erträge. Art. 773 I sagt nämlich: „Stehen Forderungen in Nutzniessung, so kann der Nutzniesser deren Ertrag einziehen.“ Obwohl hier nur von Forderungen die Rede ist, muss sich diese Norm aus schon dargelegten Gründen auf alle Wertpapiere beziehen ⁸⁴. Eine genaue Definition des Begriffes „Ertrag“ findet sich jedoch nirgends im Gesetz. Zweifellos umfasst dieser Ausdruck alle die in der Wissenschaft als „zivile“ oder „bürgerliche Früchte“ bezeichneten Leistungen. Im Gegensatz zum BGB (§ 99), welches auf Grund des allgemeinen Fruchtbegriffes Windscheids ⁸⁵ die bürgerlichen Früchte zu den Früchten im Rechtssinne zählt, kennt das ZGB diesen Begriff der zivilen Früchte nicht. Es gibt dagegen für die Nutzniessung in Art. 757 eine besondere Begriffsbestimmung. Danach fallen dem Nutzniesser „Zinsen und andere periodischen Leistungen“ zu. Das ZGB bezeichnet diese Erträge jedoch nicht als bürgerliche Früchte. Das schweizerische Recht zählt offenbar die bürgerlichen Früchte nicht zu den Früchten im Rechtssinne (ZGB 643 II) ⁸⁶, sondern betrachtet sie als eine besondere Kategorie von Erträgen ⁸⁷.

Als Erträge kommen nach ZGB 757 in erster Linie Zinse jeglicher Art in Betracht. Auch an allfällige Verzugszinse ist dabei zu denken, denn sie sind ein Entgelt für vorenthaltene normale Zinse ⁸⁸. Unter „andern periodischen Leistungen“ sind vor allem die Dividenden als Erträge der Mitgliedschaftsrechte zu verstehen. Überhaupt kommen alle Erträge in Frage, die das im Wertpapier verkörperte Recht seiner Bestimmung gemäss gewährt ⁸⁹. Nicht zu den Erträgen zählen alle Leistungen, die den Stamm des verbrieften Rechts in irgendeiner Weise

82) ders. Art. 745 N 8

83) vgl. Affolter 84 ff, Liebermann 18 ff

84) vgl. vorne S. 4

85) vgl. Windscheid/Kipp 716 ff

86) in diesem Sinne BGE 46 II 475/476, Pra. 10 Nr. 40, 86, Liebermann 21/22

87) Liebermann 22, Wieland Art. 643 Bem 2 aa

88) vgl. Rossel/Mentha 38, Wieland Art. 774 Bem 4 a

89) vgl. Affolter 46, Leemann Art. 774 N 32

vermindern oder vermehren, wie z. B. Amortisationsquoten, Abschlagszahlungen, Agiogewinne⁹⁰.

II. Die Geltendmachung des Anspruchs auf den Ertrag

Das Recht auf Einziehung der Erträge steht ausschliesslich dem Nutzniesser zu; der Besteller ist dazu nicht legitimiert⁹¹. Der Anspruch auf die Erträge geht bei der Entstehung der Nutzniessung ipso iure, ohne Abtretung, auf den Niessbraucher über. Die Bestellung der Nutzniessung ist gleichbedeutend mit der Zession der künftigen Ansprüche auf die Erträge mit der Wirkung, dass sie in der Person des Nutzniessers entstehen⁹².

Diese Ansprüche sind in der Regel in Zins-, bzw. Dividendencoupons verbrieft. Die Coupons sind selbständige Wertpapiere. Sie sind hauptsächlich Inhaberpapiere, und zwar immer dann, wenn sie nicht ausdrücklich als Ordre- oder Namenpapiere bezeichnet sind⁹³. Dies ist u. a. aus der Tatsache zu schliessen, dass sie im Gesetz unter dem Abschnitt über die Inhaberpapiere erwähnt sind⁹⁴. Allerdings ist zu bemerken, dass die Dividendencoupons — wie übrigens auch die Aktien kausale Wertpapiere sind. Das hat zur Folge, dass bei Ungültigkeit des anspruchsbegründenden Generalversammlungsbeschlusses das verurkundete Recht untergeht⁹⁵. Ebenfalls gilt die in OR 980 für die Inhabierzinscoupons aufgeführte Einrede für die Dividendenscheine nicht. Hingegen muss sie trotz des engen Wortlautes auch bei Ordre- und Namenscoupons anwendbar sein⁹⁶.

Da die Coupons, wie ausgeführt, Wertpapiere sind, sind sie zur Geltendmachung des Anspruches auf die Erträge erforderlich. Der Eigentümer hat daher bei der Bestellung alle diesbezüglichen Urkunden dem Nutzniesser zu übergeben⁹⁷. Sind ausnahmsweise keine Coupons ausgegeben, so ist der Anspruch auf Zinsen bzw. Dividenden im Hauptpapier verurkundet. Der Ertrag kann in diesem Fall nur unter Vorweisung des Hauptpapiers geltend gemacht werden⁹⁸. Befindet sich der Nutzniesser nicht im Alleinbesitz des Hauptpapiers, so ist der Eigentümer verpflichtet, bei der Einziehung des Ertrages mitzuwirken.

In welchem Zeitpunkt kann der Nutzniesser seinen Anspruch geltend machen? Bei Zinsforderungen ist es im Moment der Fälligkeit, bei Divi-

90) Leemann Art. 757 N 4, Karnbach 33

91) Leemann Art. 774 N 33, Homberger/Marti V, 2

92) Wieland Art. 774 Bem 4, Leemann Art. 757 N 5, Planck § 1068 Bem 2 a

93) Beeler 282, Bürgi Art. 660/661 N 37, v. Steiger 172, Funk Art. 675 N 1

94) Beeler a. a. O.; vgl. auch ZGB 861 II, Pfandbriefges. Art. 7 II

95) Bürgi Art. 660/661 N 38. Über den Begriff der Kausalität vgl. hinten § 22

96) Beeler 283 N 2

97) Leemann Art. 774 N 33

98) Beeler 281, v. Steiger 172, Funk Art. 675 N 1

dendenansprüchen mit der Festsetzung der Dividende durch ordnungsmässigen Beschluss der Generalversammlung möglich⁹⁹. Sind die Erträge in Wertpapieren verbrieft, was die Regel ist, so erhält der Nutzniesser in den genannten Zeitpunkten das Eigentum an den Zins- bzw. Dividendenscheinen, die sich ja schon seit der Bestellung in seinem Besitz befinden. Zinsscheine können jedoch vielfach schon einige Zeit vor ihrer Fälligkeit zum vollen Betrag in Zahlung gegeben werden. Wenn der Nutzniesser sich diesen Umstand zunutze macht, kann darin nicht ohne weiteres eine Verletzung der Rechtsstellung als Niessbraucher erblickt werden; denn ein solches Vorgehen widerspricht nicht den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft (ZGB 755 II). Natürlich hätte der Nutzniesser dem Eigentümer die Zinsdifferenz zurückzuerstatten, wenn in einem solchen Fall das Ende der Nutzniessung vor dem Fälligkeitsdatum einträte. Als eine Überschreitung seiner Befugnisse wäre es allerdings dann anzusehen, wenn der Niessbraucher die Zinsscheine erhebliche Zeit vor ihrer Fälligkeit diskontieren würde¹⁰⁰.

III. Die Verteilung des Ertrages bei Beginn und Ende der Nutzniessung

Die Zinse und andern periodischen Leistungen gebühren dem Nutzniesser zu einem der Dauer seiner Berechtigung entsprechenden Teile, *pro rata temporis* (ZGB 757). Keinen Einfluss bei der Aufteilung hat der Zeitpunkt der Fälligkeit, bzw. des Dividendenbeschlusses. Vielmehr ist massgebend, in welche wirtschaftliche Periode die einzelnen Erträge zu rechnen sind¹⁰¹. Der Eigentümer hat alle noch nicht fälligen Coupons dem Nutzniesser auszuliefern, und zwar ohne besondere Übertragung¹⁰². Hat der Eigentümer den nächstfälligen Coupon bereits erhoben, so hat er den Niessbraucher entsprechend zu entschädigen. Wird hingegen der Niessbrauch während einer laufenden Ertragsperiode begründet, so hat der Ususfruktuar dem Eigentümer einen verhältnismässigen Betrag zu vergüten.

IV. Die Befugnis des Nutzniessers zur Beschaffung neuer Coupons

Nachdem der Nutzniesser alle ihm übergebenen Coupons eingelöst hat, kann er kraft seines Rechts auf den Ertrag neue Zins- und Dividendenscheine beschaffen. Das geschieht mittels des Erneuerungsscheines (Talons), der in der Regel dem mit Coupons versehenen Wertpapier beigegeben ist. Der Talon ist ebenfalls ein Wertpapier und stellt als

99) Lehmann 416, Hacker 61, Funk Art. 675 N 1, BGE 50 II 59

100) Pilch 35/36

101) BlHE 17, 152, ZSR 18, 89

102) Beeler 145

solches regelmässig ein Inhaberpapier dar, und zwar auch dann, wenn das Hauptpapier ein Ordre- oder Namenpapier ist¹⁰³. Der Nutzniesser als Inhaber des Talons ist also ohne weiteres in der Lage und auch berechtigt, gegen Vorweisung die Aushändigung eines neuen Couponsbogens zu verlangen, ohne dass er sich einer Legitimationsprüfung zu unterziehen hätte. Sind die belasteten Wertpapiere hinterlegt, so muss auch der Erneuerungsschein im Depot aufbewahrt werden¹⁰⁴. Der Eigentümer ist in diesem Fall verpflichtet, beim Bezug der neuen Coupons mitzuwirken. Das kann geschehen, indem er den Talon gemeinsam mit dem Niessbraucher vorlegt oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten (z. B. eine Bank) vorlegen lässt.

Bestehen keine Erneuerungsscheine, so dient das Hauptpapier zur Beschaffung des neuen Couponsbogens.

§ 8. Das Recht zur Verwaltung

I. Der Begriff und der Umfang der Verwaltung

Das Gesetz gibt dem Nutzniesser in ZGB 755 II ein Recht auf die Verwaltung. Dass er dazu berechtigt sein muss, ist zunächst ohne weiteres einzusehen, besonders wenn man bedenkt, dass er nicht nur die Nutzungen selbst ziehen darf, sondern man ihm auch die ganze Bewirtschaftung überlässt. Was aber unter dem Begriff der Verwaltung zu verstehen ist, wird im Gesetz nirgends gesagt. Aus dem Zweck der Nutzniessung kann geschlossen werden, dass die Verwaltung dem Berechtigten zur bestmöglichen Fruktifizierung, sowie zur Erhaltung des Nutzniessungsobjektes in seinem wirtschaftlichen Wert dient. Der Nutzniesser muss ja bei Beendigung des Rechtsverhältnisses die Rückerstattungspflicht erfüllen können (ZGB 764, 769)¹⁰⁵. Die Verwaltung umfasst also nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Niessbrauchers¹⁰⁶. Eine allgemein gültige Umschreibung der Verwaltung ist jedoch bis heute nicht gefunden worden. Die Abgrenzung ist auch im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden¹⁰⁷.

II. Die besondere Regelung in ZGB 773 II und III

Für die Nutzniessung an Wertpapieren hat das Gesetz in Einschränkung des allgemeinen Prinzips von ZGB 755 II besondere Regeln aufgestellt. Sie entziehen dem Nutzniesser einen Teil des Verwaltungsrechts.

103) Beeler 285, v. Steiger 173, Funk Art. 675 N 1

104) vgl. die ausdrückliche Regelung in BGB § 1082

105) Wieland Art. 755 Bem 3

106) ders. a. a. O.

107) vgl. Sebes 58/59

Diese Bestimmungen wollen vor allem den Ususfruktuar daran hindern, seine eventuell weitgehende formelle Legitimation zum Schaden des Eigentümers zu missbrauchen. Inwieweit aber der Nutzniesser in seinen Verwaltungsbefugnissen eingeschränkt ist, geht nicht eindeutig aus ZGB 773 hervor. Es existieren denn auch sehr verschiedene Ansichten über die Auslegung der betreffenden Norm¹⁰⁸.

Dem Wortlaut der genannten Bestimmungen ist zunächst zu entnehmen, dass das Gesetz zwischen Verwaltungshandlungen unterscheidet, zu deren Gültigkeit dem Schuldner gegenüber das Zusammenwirken von Eigentümer und Nutzniesser nötig ist (ZGB 773 II) und solchen, die auch bei alleiniger Vornahme gegen aussen wirksam bleiben (ZGB 773 III). Bezüglich der Wirkung der Verwaltungshandlungen ist demzufolge ein Aussen- und ein Innenverhältnis zu unterscheiden¹⁰⁹.

A. Das Aussenverhältnis. ZGB 773 II besagt nur, dass Kündigungen an den Schuldner, sowie Verfügungen über Wertpapiere vom Gläubiger und vom Nutzniesser ausgehen müssen. Da nur von Kündigungen an den Schuldner und Verfügungen über die Wertpapiere die Rede ist, erhebt sich die Frage, ob es sich hier um eine abschliessende Aufzählung der Fälle handelt, wo das Zusammenwirken Gültigkeitserfordernis ist. Diese Frage wird in der Literatur sehr verschieden beantwortet. Während sich z. B. Rothmund¹¹⁰ ganz an den Wortlaut des Gesetzes halten will, betrachten die Kommentatoren Wieland¹¹¹ und Leemann¹¹² diese Massnahmen nur als Beispiele, weichen aber in der Begründung voneinander ab.

Um dieses Problem lösen zu können, müssen wir von der ratio legis der in Frage stehenden Bestimmung ausgehen. Der Sinn dieser Norm liegt u. E. darin, den Eigentümer bzw. den Nutzniesser in jenen Fällen zu schützen, wo eine besondere Gefahr besteht, dass ihre Rechte durch die eine oder andere Partei beeinträchtigt werden. Versteht man unter Verfügung alle Rechtsgeschäfte, durch die Rechte oder Rechtsverhältnisse unmittelbar betroffen werden¹¹³, so scheint der Wortlaut dieser Bestimmung, was die Wertpapiere anbetrifft, durchaus der ratio zu genügen. In bezug auf die gewöhnlichen Forderungen ist dies nicht ohne weiteres klar. Im Interesse einer sichern Rechtslage muss jedoch u. E. angenommen werden, dass das Zusammenwirken von Gläubiger und Nutzniesser — dem Wortlaut gemäss — ausschliesslich zur Vornahme der Kündigung Gültigkeitserfordernis ist. Fasst man nämlich die „Kündigungen an den Schuldner“ nur als Beispiel auf, so werden für Gläubiger und Nutzniesser immer Zweifel über die Gültigkeit der einzelnen Massnahmen entstehen können.

108) vgl. Wieland Art. 774 Bem 5, Leemann Art. 774 N 37 ff, Rossel/Mentha 59, Rothmund 44 ff, Kellerhals 294, Karnbach 40 ff, Breitenstein 54

109) Rothmund 45

110) a. a. O.

111) Art. 774 Bem 5

112) Art. 774 N 36

113) v. Tuhr/Sieggart 1. Hbd. 185

Inwieweit rechtfertigt sich für die Wertpapiere eine von den gewöhnlichen Forderungen verschiedene Behandlung? Aus dem Art. 773 II zugrunde liegenden Zweckgedanken ist zu schliessen, dass der Gesetzgeber beim Erlass dieser Vorschrift offenbar nur an die Inhaber-, Ordre- und allenfalls noch an die hinkenden Inhaberpapiere dachte. Es ist denn auch nicht einzusehen, warum „die Art der Verfügung über das verurkundete Recht anders sein soll, je nachdem das Recht in einer gewöhnlichen Schuldurkunde anerkannt ist oder in einem Wertpapier, das nicht die besondern Merkmale eines IP oder OP aufweist“¹¹⁴. Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass Eigentümer und Nutzniesser nur bei Verfügungen über Inhaber-, Ordre- und hinkenden Inhaberpapieren zusammenzuwirken haben, um gültig zu handeln.

Als Verfügungen über Wertpapiere kommen etwa in Betracht: Verkauf, Tausch, Lombardierung, Änderung des Inhalts, usw.¹¹⁵. Derartige Verfügungen können allerdings auch vom Nutzniesser gegenüber dem gutgläubigen Dritten in gültiger Weise allein vorgenommen werden, wenn er formell als Eigentümer legitimiert ist. Solche Rechtsgeschäfte sind jedoch illegitim. Der Nutzniesser verletzt den Nutzniessungsvertrag und wird daraus zivil- und strafrechtlich haftbar¹¹⁶. Trotz der Illegitimität haftet aber der Eigentümer dem gutgläubigen Dritten gegenüber aus dem Wertpapier. Hat ein Dritter das Wertpapier bösgläubig oder grob fahrlässig erworben, so ist der Eigentümer zur Vindikation berechtigt (OR 1006 II, ZGB 641 II/936)¹¹⁷.

Die Vornahme der Verfügungen über Wertpapiere muss nicht gleichzeitig von Eigentümer und Nutzniesser ausgehen. Es kann auch einer nach dem andern verfügen, jedoch beide im Einverständnis, oder es verfügt nur einer über die Wertpapiere, jedoch mit erkennbarer Ermächtigung des andern zur Stellvertretung. Die eine Partei kann auch generell zur Vornahme der Verwaltungshandlungen ermächtigt werden, denn die Vorschriften des Art. 773 II und III sind nicht zwingender Natur¹¹⁸. Wegen mangelnder Verfügungsmacht unwirksame Verfügungen können durch nachträgliche Genehmigung durch den Berechtigten oder Konvaleszenz rechtswirksam werden¹¹⁹. Konvaleszenz kommt vor, wenn der Nutzniesser, der illegitim über das Recht des Eigentümers verfügt, dieses später erwirbt oder den Eigentümer beerbt¹²⁰.

Bis jetzt war nur von Verwaltungshandlungen im Sinne von Verfügungen die Rede. Wer aber zur Vornahme der übrigen Verwaltungsmassnahmen zuständig ist, bleibt noch abzuklären. Die Lösung ergibt sich

114) Jäggi Art. 965 N 204

115) Leemann Art. 774 N 40

116) ZGB 773 II, StGB 140; vgl. Oftinger Art. 901 N 73

117) vgl. Oftinger a. a. O.

118) Leemann Art. 774 N 35, Rothmund 48

119) in Analogie zu OR 38, vgl. v. Tuhr/Siehwart 1. Hbd. 207/208

120) v. Tuhr/Siehwart a. a. O.

auss dem dritten Absatz des Art. 773. Dieser Absatz bestimmt, dass Nutzniesser und Gläubiger gegeneinander ein Recht auf Zustimmung zu den Massregeln haben, die im Falle der Gefährdung der Forderung zu einer sorgfältigen Verwaltung gehören. Daraus kann geschlossen werden, dass sowohl Eigentümer wie Nutzniesser selbständig zu allen Verwaltungshandlungen befugt sind, die keine Verfügungen im Sinne des zweiten Absatzes darstellen ¹²¹. So können sie gegenüber Dritten in gültiger Weise selbständig z. B. mahnen, klagen, betreiben, usw. ¹²².

B. Das Innenverhältnis. ZGB 773 III ist des weitern zu entnehmen, dass zur Vornahme *aller* Verwaltungsmassnahmen die Zustimmung der Gegenseite einzuholen ist ¹²³, um im Verhältnis zwischen Eigentümer und Nutzniesser wirksam zu sein. Wenn die eine Partei ohne Zustimmung handelt, behält die Massnahme trotzdem ihre Wirkung nach aussen, es sei denn, das Zusammenwirken von Besteller und Nutzniesser sei Gültigkeitserfordernis nach ZGB 773 II. Entsteht jedoch der andern Partei daraus ein Schaden, so wird sie ersatzpflichtig ¹²⁴. Liegt in der Verweigerung der Zustimmung eine offenbare Schikane, so kann sich der Betroffene auf ZGB 2 berufen, wonach der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet ¹²⁵.

Das Gesetz gibt den Parteien das *Recht* auf Zustimmung, wenn eine Gefährdung der Rechte vorliegt und die zu treffende Massnahme zu einer sorgfältigen Verwaltung gehört (ZGB 773 III). Wann eine Gefährdung vorhanden ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Immerhin muss es als eine „Gefährdung der Forderung“ betrachtet werden, wenn die Erfüllungsmöglichkeit in Frage gestellt ist ¹²⁶. Ob diese Umstände schon vor der Bestellung der Nutzniessung vorhanden gewesen sind oder nicht, ist dabei gleichgültig ¹²⁷. Die Gefährdung muss von demjenigen nachgewiesen werden, der das Recht auf Zustimmung geltend macht. Kein Nachweis einer wirklichen Gefahr ist nötig, um den Anspruch auf Zustimmung zu besitzen, wenn der Eigentümer bevormundet ist. Der Nutzniesser ist in einem solchen Fall gehalten, seine Zustimmung zum Verkauf der belasteten Wertpapiere schon dann zu erteilen, wenn sie einem blossen Risiko ausgesetzt sind ¹²⁸. Kein Anspruch auf Zustimmung besteht hingegen im Normalfall zu Massnahmen, welche nur vorübergehende Unannehmlichkeiten, wie rückständige Zinszahlungen, Kurschwankungen, usw. beseitigen sollen ¹²⁹. Ist eine wirkliche Gefahr vor-

121) vgl. Rothmund 50/51

122) Wieland Art. 774 Bem 5 a, Leemann Art. 774 N 44, Chuard 99, Breitenstein 57

123) Rothmund 53, Breitenstein 56

124) Leemann Art. 774 N 44, OR 41 ff

125) Rothmund 53 N 160

126) Leemann Art. 774 N 46

127) ders. a. a. O.

128) ZGB 402, Wieland Art. 774 Bem 5 d, Chuard 107, Breitenstein 58/59

129) Leemann Art. 774 N 46, Karnbach 44

handen und wird der einen Partei die Zustimmung zu einer entsprechenden Massnahme verweigert, so kann sie auf Mitwirkung oder Zustimmung der andern klagen. Das richterliche Urteil tritt dann an die Stelle der fehlenden Willenserklärung. In dem Falle, wo die Mitwirkung beider nicht Gültigkeitserfordernis ist, kann man aber, wie Breitenstein u. E. richtig bemerkt ¹³⁰, die handelnde Partei nicht „auf diesen zeitraubenden Prozessweg verweisen“. Beim Vorliegen einer wirklichen Gefahr muss der Betreffende sofort handeln. Wenn er in einem solchen Fall trotz Verweigerung der Zustimmung vorgeht, kann darin keine Pflichtverletzung erblickt werden. Es muss daher mit Breitenstein ¹³¹ angenommen werden, dass der Handelnde bei Misserfolg der Massnahme keinen Schadenersatz leisten muss, vorausgesetzt, dass er am ungünstigen Ausgang nicht die Schuld trägt.

Für das Recht auf Zustimmung ist des weitern vorausgesetzt, dass die Massnahme im Rahmen einer sorgfältigen Verwaltung liegt. Es ist dabei an solche Massregeln zu denken, die zur Beseitigung der Gefährdung eines Rechts im Verkehr üblich sind, wie z. B. Kündigung, Betreibung, Klage, Umtausch und Verkauf von Wertpapieren. In diesen Fällen ist aber häufig das gemeinsame Handeln zur Wirksamkeit der betreffenden Massnahme notwendig ¹³².

Trotz dieses Erfordernisses des Zusammenwirkens ist die Anwendung der allgemeinen Norm des Art. 755 ZGB nicht ausgeschlossen ¹³³. Danach ist der Nutzniesser zur Verwaltung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Sodann muss er bei der Ausübung des Verwaltungsrechts nach den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft verfahren (ZGB 755 III). Obwohl also der Nutzniesser an Wertpapieren zu allen Massnahmen die Zustimmung des Eigentümers einholen muss und Verfügungen über Inhaber- und Ordrepapiere überhaupt nicht in gültiger Weise vornehmen kann, hat er doch alle Vorkehrungen zu treffen, die im Rahmen einer sorgfältigen Verwaltung liegen ¹³⁴. So muss der Nutzniesser z. B. Mahnung und Betreibung rechtzeitig ausführen. Ebenso hat er gegebenenfalls zu untersuchen, wie gegen den Schuldner vorzugehen sei ¹³⁵. Auch Auslosungen von in Niessbrauch stehenden Obligationen hat der Nutzniesser selbst zu überwachen oder durch eine Bank kontrollieren zu lassen ¹³⁶. Geht der Niessbraucher nicht mit der notwendigen Sorgfalt vor, so dass der Besteller Nachteile erleidet, so haftet jener im Ausmasse von OR 99 ff., es sei denn, es treffe ihn dabei kein Verschulden ¹³⁷.

130) 57/58

131) a. a. O.

132) Rothmund 54

133) ebenso Leemann Art. 774 N 48 und Art. 755, Rothmund 53

134) vgl. Breitenstein 62

135) Leemann Art. 774 N 48, Breitenstein a. a. O.

136) Hacker 52, Breitenstein a. a. O.

137) Breitenstein 63

Zusammenfassend ergibt sich aus ZGB 773 für die Verwaltung der in Nutzniessung stehenden Wertpapiere: Sowohl Nutzniesser wie auch Besteller dürfen Verwaltungshandlungen nur mit Zustimmung der Gegenseite vornehmen, ausser es handle sich um die Einziehung des Ertrages (ZGB 773 I), die dem Nutzniesser allein zusteht.

Das in dem erwähnten Artikel geforderte Zusammenwirken von Eigentümer und Nutzniesser erschwert die Verwaltung erheblich und schliesst unter Umständen eine zweckmässige Verwaltung geradezu aus. Insbesondere ist dies bei dringlichen Verfügungen über Wertpapiere (Kündigung oder Verkauf bei sinkenden Kursen) oder bei Meinungsverschiedenheiten z. B. über die Art oder Sicherheit der Kapitalanlage der Fall¹³⁸. Da ZGB 773 nicht zwingendes Recht darstellt, können diese Komplikationen vermieden werden. Es kann eine Partei zum alleinigen Handeln ermächtigt oder ein Dritter mit der Verwaltung beauftragt werden. Bei der Nutzniessung an Wertpapieren ist es am empfehlenswertesten, den Auftrag der Bank zu erteilen, bei der die Titel hinterlegt sind.

Ebenso hat das Gesetz die Fälle berücksichtigt, in denen es wünschenswert ist, dem Niessbraucher eine stärkere Herrschaft über die Wertpapiere zu geben.

§ 9. Das Recht auf Abtretung der Wertpapiere

I. Die Regelung in ZGB 775

Art. 775 des ZGB gibt dem Nutzniesser das Recht, „binnen drei Monaten nach Beginn der Nutzniessung die Abtretung der seiner Nutzniessung unterstellten Forderungen und Wertpapiere zu verlangen“¹³⁹. Abtretung der Wertpapiere bedeutet Übertragung des Eigentums an den Urkunden (OR 967). Der Nutzniesser erhält dadurch die volle Verfügungsmacht über die Titel wie ein Eigentümer. Benützt er also dieses Recht, so geht die eigentliche Nutzniessung in eine uneigentliche über (ZGB 772 I). Allerdings weichen die Regeln in Art. 775 II und III leicht von Art. 772 I ab, indem der Eigentümer die Sicherstellung der Papiere verlangen kann. Auch kann ein Quasiususfrukt nur an verbrauchbaren Sachen bestellt werden. „Verbrauchbare Sachen sind solche, deren bestimmungsgemässer Gebrauch im Verbrauch besteht“¹⁴⁰. Wertpapiere sind aber nicht in erster Linie zur Veräusserung bestimmt, ausgenommen Zins- und Dividendencoupons.

138) Leemann Art. 775 N 1

139) Ist der Nutzniesser unter Vormundschaft, so hat der Vormund die Abtretung der Wertpapiere zu verlangen.

140) Wieland Art. 772 Bem 2

Die Abtretung der Wertpapiere erfolgt nach dem für die Eigentumsübertragung der Wertpapiere massgebenden Art. 967 OR. Da für die Übertragung zu Eigentum und zu einem dinglichen Recht die gleichen Bestimmungen gelten, können wir auf das im Paragraphen ¹⁴¹ über die Bestellung der Nutzniessung Gesagte verweisen. Natürlich kommen die dort behandelten Übertragungsformen nicht in Frage, die das Nutzniessungsverhältnis nach aussen zu erkennen geben. Der Nutzniesser wird ja Eigentümer und muss daher auch als solcher legitimiert sein.

II. Die Voraussetzungen

Als Voraussetzung für das Recht auf Abtretung gilt die Einhaltung einer dreimonatigen Frist. Bei der rechtsgeschäftlich begründeten Nutzniessung beginnt die Frist vom Zeitpunkt der formrichtig erfolgten Bestellung an zu laufen. Nicht massgebend ist der Moment, in welchem der Niessbraucher die Bestellung des Ususfruktes beanspruchen kann ¹⁴²; denn erst mit der Bestellung wird es sich erweisen, ob die Abtretung der Wertpapiere für den Nutzniesser vorteilhaft ist oder nicht ¹⁴³. Der Beginn der Frist bei der erbrechtlich begründeten Nutzniessung ist durch die Eröffnung des Erbgesetzes, beim Niessbrauch des überlebenden Ehegatten durch die Ausübung des Wahlrechts zwischen Eigentum und Nutzniessung festgesetzt. Von diesem Momente an ist es dem Nutzniesser anheim gestellt, innert drei Monaten die Übertragung der belasteten Wertpapiere zu vollem Eigentum zu verlangen. Die Berechnung der Frist richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen in OR 77 und 78. Die dreimonatige Frist bezieht sich lediglich auf die Stellung des Abtretungsbegehrens. Es ist daher durchaus zulässig, wenn die Eigentumsübertragung selbst erst nach diesem Termin erfolgt ¹⁴⁴. Ist die Frist ungenutzt verstrichen, so kann der Nutzniesser die Eigentumsübertragung nur noch mit Einwilligung des Eigentümers erwirken. Es ist jedoch auch möglich, auf besondere Abmachung hin die Frist zu verlängern oder dem Nutzniesser das Abtretungsrecht für die ganze Dauer der Nutzniessung zu erteilen ¹⁴⁵.

Wird die Frist im Einverständnis des Eigentümers verlängert, so vergrössert sich für den Eigentümer aber die Gefahr, dass der Niessbraucher diese Situation zu Spekulationen ausnützt, was ja ZGB 775 I gerade verhindern will. Der Nutzniesser könnte sich nämlich z. B. bei einer allfälligen Baisse die Papiere abtreten lassen, um sich eine Wertvermehrung zunutze zu machen ¹⁴⁶.

141) vgl. § 5 S. 11 ff vorn

142) Leemann Art. 775 N 2, Breitenstein 67; a. A. Wieland Art. 775 Bem a, Curti Art. 775 N 3

143) Breitenstein a. a. O.

144) Leemann Art. 775 N 4

145) ders. a. a. O. N 5

146) Breitenstein 68, vgl. hinten III, S. 45

Verlangt der Nutzniesser die Abtretung nur einzelner Wertpapiere, so muss der Eigentümer diesem Begehren nicht ohne weiteres stattgeben. Darin kann eine missbräuchliche Ausübung des Rechts auf Abtretung liegen, so z. B. dann, wenn der Nutzniesser nur die Abtretung sogenannter Spekulationspapiere verlangt, während er die *nuda proprietas* an den übrigen Titeln dem Besteller überlässt. In diesem Fall wäre der Eigentümer nicht verpflichtet, das Eigentum zu übertragen. Die Frage, wann ein solcher Missbrauch vorliegt, kann jedoch nicht allgemein beantwortet werden. Man muss im Einzelfall untersuchen, ob dem Begehren auf Eigentumsübertragung einzelner Wertpapiere legitime Interessen zugrunde liegen. ZGB 2 bietet dem Besteller Schutz gegen missbräuchliche Ausübung des Rechts aus ZGB 775 I ¹⁴⁷.

Trotz formrichtiger Übertragung der Wertpapiere wird aber der Nutzniesser materiell erst Eigentümer, nachdem der Anspruch auf Sicherstellung erfüllt oder durch Verzicht getilgt worden ist (ZGB 775 III). Dieser suspensiv-bedingte ¹⁴⁸ Übergang soll dem Abtretenden eine vermehrte Sicherheit bieten. Bei Wertpapieren wird dieser Zweck jedoch kaum erreicht, denn der Nutzniesser ist schon vorher formell zu Verfügungen über die Urkunden berechtigt. Für den Niessbrauchsbesteller ist es demzufolge von Vorteil, wenn er die Abtretung nicht vor erfolgter Sicherheitsleistung vollzieht ¹⁴⁹. Keine Anwendung findet hingegen ZGB 775 II, ausgenommen bei besonderer Abrede, wenn die Papiere auf Grund einer Vereinbarung erst nach Ablauf der dreimonatigen Frist zu Eigentum übertragen werden ¹⁵⁰.

Als Sicherheitsleistung kann Bürgschaft oder Pfandbestellung in Frage kommen, nicht dagegen die Hinterlegung der Wertpapiere ¹⁵¹. Die hinterlegten Papiere gehen mit der Abtretung wohl ins Eigentum des Nutzniessers über, er erlangt aber dadurch die gewünschte Verfügungsfreiheit nicht.

III. Die Ersatzpflicht

Wenn alle Voraussetzungen für den Rechtsübergang erfüllt sind, so ist der Nutzniesser sowohl formell wie auch materiell Eigentümer der Wertpapiere. Er kann deshalb auch wie ein Eigentümer handeln. Der Nutzniesser wird dabei dem bisherigen Eigentümer für den Wert, den die Wertpapiere „zur Zeit der Abtretung haben, ersatzpflichtig und hat in diesem Betrage Sicherheit zu leisten, insofern nicht hierauf verzichtet wird“. (ZGB 775 II). Der bisherige Eigentümer, sein Singular- oder

147) Leemann Art. 775 N 8, Chuard 119, Breitenstein 68/69

148) OR 151, 152

149) Leemann Art. 775 N 10

150) ders. a. a. O. N 11

151) Wieland Art. 775 Bem b, Karnbach 38 N 30; a. A. Leemann Art. 775 N 7

Universalsukzessor, hat also nach Beendigung der Nutzniessung einen obligatorischen Anspruch auf Ersatz gegen den Nutzniesser oder dessen Erben. Der Ersatz muss in der Höhe des Wertes erfolgen, den die Werttitel zur Zeit der Abtretung besaßen. Die Bestimmung der Art der Ersatzleistung ist den Parteien überlassen. Ist keine Vereinbarung darüber getroffen worden, so ist es dem Nutzniesser erlaubt, den Ersatz in Geld, durch Rückübertragung der abgetretenen Wertpapiere oder durch Übergabe von Wertpapieren gleicher Art zu leisten. Leistet er nicht in Geld, so hat er einen allfälligen Minderwert zu decken¹⁵². Es muss dem Nutzniesser dabei auch gestattet sein, entsprechend mehr Wertpapiere zu restituieren.

Die uneigentliche Nutzniessung bietet im übrigen keinerlei interessante Probleme in bezug auf das Verhältnis zwischen Besteller und Nutzniesser, so dass wir uns wieder der Behandlung der eigentlichen Nutzniessung zuwenden.

§ 10. Das Recht auf Überlassung der Ausübung

I. Das Wesen der Ausübungsüberlassung

Die Nutzniessung ist, wie negativ aus ZGB 758 hervorgeht, unübertragbar, kann jedoch zur Ausübung einem andern überlassen werden¹⁵³. „Unübertragbar“ bedeutet, dass der Niessbraucher weder durch vollkommene, noch durch beschränkte Übertragung einem andern seine Befugnisse verschaffen kann. Das Ausübungsrecht kann also nur ein obligatorisches Recht auf Gestattung der Ausübung aus dem Niessbrauch fließender Befugnisse sein¹⁵⁴. Durch die Überlassung wird der Berechtigte nicht Inhaber des Niessbrauchsrechts, sondern nur befugt, die betreffenden Teilrechte für seine Rechnung im Namen des Nutzniessers auszuüben¹⁵⁵. Der Ausübende tritt in kein Rechtsverhältnis zum Eigentümer, daher hat der Niessbraucher zur Überlassung auch nicht die Erlaubnis des Eigentümers einzuholen¹⁵⁶. Enthält der Begründungsakt der Nutzniessung ein Verbot der Ausübungsüberlassung, wird diese vom Nutzniesser aber trotzdem vorgenommen, so wird er dem Eigentümer gegenüber verantwortlich. Das Recht des Ausübenden gegenüber dem Ususfruktuar bleibt jedoch unberührt¹⁵⁷.

152) Wieland Art. 775 Bem b, Leemann Art. 775 N 14, Karnbach 38, Breitenstein 71; a. A. Chuard 124

153) Ausgenommen die familienrechtlichen Nutzungsrechte, bei denen es sich um höchstpersönliche Rechte handelt (ZGB 201, 292)

154) Kellerhals 302, BGE 43 III 181

155) Weider 77, Dreyer 62, Biermann § 1059 Bem 2 b, Staudinger/Kober § 1059 Bem 2

156) Biermann § 1059 Bem 2 b

157) Leemann Art. 758 N 6, Biermann a. a. O.

Der Nutzniesser kann alle oder auch nur einzelne der ihm zustehenden Befugnisse zur Ausübung übertragen, und zwar für die ganze Dauer der Nutzniessung oder nur für eine bestimmte Zeit ¹⁵⁸.

II. Die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten

Die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten bestimmt sich nach dem im Einzelfall geschlossenen obligatorischen Vertrag. Dessen Hauptinhalt ist regelmässig auf den Fruchtgenuss an den Wertpapieren gerichtet. Der Nutzniesser ist auf Grund des Vertrages verpflichtet, dem Berechtigten alles zu verschaffen, was zur Ausübung dieser Befugnisse notwendig ist. Dementsprechend muss er ihm die Legitimation als Nutzniesser erteilen. Er hat ihm in erster Linie Zins- und Dividendencoupons zu übergeben. Ebenso kann der Berechtigte den Besitz der Wertpapiere selbst beanspruchen, soweit dieser zur Geltendmachung der ihm zustehenden Befugnisse nötig ist. Der Nutzniesser darf jedoch Ordrepapiere nicht indossieren. Der Berechtigte wird hingegen eine schriftliche Erklärung über die Ausübungsüberlassung verlangen können ¹⁵⁹. Ist der Niessbrauch vermittels einer besonderen Urkunde bestellt worden, so kann der Ausübungsberechtigte auch diese herausverlangen ¹⁶⁰.

III. Die Rechtsstellung des Eigentümers

Die Stellung des Eigentümers darf jedoch durch die Ausübungsüberlassung nicht gefährdet werden. Der Nutzniesser haftet dem Eigentümer — analog den Bestimmungen über die Untermiete (OR 264) — für die Handlungen des Ausübungsberechtigten wie für seine eigenen ¹⁶¹. Die Verpflichtungen des Nutzniessers gegenüber dem Eigentümer aus dem Legalschuldverhältnis bleiben bestehen. Der Ausübungsberechtigte besitzt ohne Zession durch den Nutzniesser keine obligatorischen Ansprüche gegen den Eigentümer, da er in keinem Rechtsverhältnis zu diesem steht ¹⁶². Dieser Grundsatz wird jedoch durch ZGB 758 II durchbrochen. Durch diese Bestimmung erhält der Eigentümer die Befugnis, die ihm gegen den Nutzniesser zustehenden Rechte unmittelbar dem Ausübenden gegenüber geltend zu machen ¹⁶³. Diese Regelung entspricht OR 272 II

158) Leemann a. a. O. N 4

159) vgl. Weider 78

160) vgl. ders. a. a. O.

161) Wieland Art. 758 Bem 5 a

162) Leemann Art. 758 N 10

163) Im Gegensatz zum ZGB kennt das deutsche BGB keine dem Art. 758 II entsprechende Bestimmung. Der Eigentümer hat daher bei Verletzung seiner Rechte durch den Ausübenden nur den negativen Eigentumsanspruch (Gerits 46, Planck § 1059 Bem 5).

bei der Sachmiete ¹⁶⁴. Es ist aber anzunehmen, dass die Bestimmungen der Art. 259 und 281 OR analog zum Schutze des Ausübungsberechtigten anwendbar sind ¹⁶⁵.

IV. Das Ende der Ausübungsbefugnis

Die Befugnisse des Ausübenden erlöschen zu dem im Vertrag festgesetzten Zeitpunkt, sodann ipso iure mit der Beendigung des Niessbrauchs. Nicht erheblich ist dabei, ob der Zeitpunkt, bis zu dem die Ausübung überlassen worden ist, erreicht ist oder nicht. Dem Ausübenden muss jedoch im letzteren Falle ein Ersatzanspruch gegenüber dem Nutzniesser oder dessen Erben zugestanden werden. Wenn der Nutzniesser die Rechte des Eigentümers erwirbt und in der Folge die Nutzniessung durch Konsolidation untergeht, so bewirkt das hingegen, wie Weider ¹⁶⁶ u. E. zutreffend erklärt, nicht das Ende des Ausübungsrechts. Es ist vielmehr mit Weider anzunehmen, dass der Dritte weiterhin seine bisherigen Befugnisse gegen den neuen Eigentümer geltend machen kann. Bei Tod des Ausübungsberechtigten gehen dessen Rechte nicht unter, denn sie sind vererblich ¹⁶⁷.

§ 11. Das Recht auf Nutzniessung am Leistungs- und Ersatzgegenstand

I. Die Nutzniessung am Leistungsgegenstand

Wird während der Dauer der Nutzniessung eine verbriefte Forderung bezahlt oder erfolgt eine Rückzahlung von Kapital, so erstreckt sich die Nutzniessung von Gesetzes wegen auf den Gegenstand der Leistung (ZGB 774 II). Diese gesetzliche Nutzniessung besteht kraft dinglicher Subrogation fort. Die sich daraus ergebenden Rechtsverhältnisse richten sich nach der Art des Leistungsgegenstandes.

Bei Wertpapieren werden in der Hauptsache Geldleistungen in Frage kommen. Dabei sind verschiedene Fälle zu unterscheiden, je nach dem, ob der Dritte an Eigentümer und Nutzniesser gemeinsam zahlt, hinterlegt oder an einen von beiden mit Zustimmung des andern leistet (ZGB 774 I). Leistet der Drittschuldner an den Eigentümer mit Zustimmung des Nutzniessers oder hinterlegt er, so entsteht eigentliche Nutzniessung am bezahlten Kapital, bzw. an der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle ¹⁶⁸.

164) Erl. ZGB II 152/153, Liebermann 36

165) Liebermann a. a. O., ZBJV 55, 464

166) 79

167) vgl. Breitenstein 72

168) vgl. ders. 75

Erfolgt die Leistung des Dritten an den Nutzniesser mit Zustimmung des Eigentümers, so entsteht nicht ohne weiteres ein uneigentlicher Niessbrauch, d. h. der Nutzniesser wird nicht sofort Eigentümer des Geldes. Macht nämlich der Begründer der Nutzniessung von seinem Recht Gebrauch, sichere und zinstragende Neuanlage zu verlangen (ZGB 774 III), so muss die Neuanlage ebenfalls auf den Namen des Eigentümers erfolgen¹⁶⁹. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum bis zur Wiederanlage ein Quasiususfrukt entstehen soll. Hier erklärt Breitenstein¹⁷⁰ u. E. mit Recht, dass der Nutzniesser gar kein Interesse daran habe, das Geld zu Eigentum zu erwerben, wenn er es auf Geheiss des Bestellers dann doch auf dessen Namen anzulegen habe. Er riskiere dabei höchstens, für einen allfälligen Verlust eintreten zu müssen. Wäre er uneigentlicher Nutzniesser, so könnte der Besteller zudem seinen Anspruch auf Neuanlage gar nicht geltend machen. Dieser wäre ja nicht in der Lage, sich in die Verwaltung des Nutzniessers einzumischen. Der Nutzniesser wird deshalb bis zur Wiederanlage nicht Eigentümer des Geldes, sondern er erwirbt die eigentliche Nutzniessung daran¹⁷¹.

Benützt der Eigentümer sein Recht nicht, sichere und zinstragende Neuanlage zu fordern, so entsteht ein Quasiususfrukt. Der bisherige Eigentümer besitzt dann ohne besondern Nachweis einer Gefährdung Anspruch auf Sicherstellung (ZGB 762 II)¹⁷².

II. Die Neuanlage

Gemäss ZGB 774 III hat der Nutzniesser, wie bereits erwähnt, Anspruch auf sichere und zinstragende Neuanlage der Kapitalien. Über die Art der Neuanlage müssen sich Eigentümer und Nutzniesser gemeinsam entscheiden¹⁷³. Die Anlage muss sicher und zinstragend sein. Dem Gesetz ist aber nicht zu entnehmen, was unter sicherer Anlage zu verstehen ist. „Man muss annehmen, dass im Sinne unserer Vorschrift jede Anlage eine sichere ist, die sich durch den allgemeinen Verkehr als solche kennzeichnet“¹⁷⁴. Sobald mehrere Möglichkeiten zu sicherer Anlage offen stehen, sollen in erster Linie die Wünsche des Nutzniessers berücksichtigt werden. Der Eigentümer hat nur insoweit ein berechtigtes Interesse, als die Sicherheit des Kapitals in Frage steht. Der Nutzniesser hingegen ist überdies und wohl auch in erster Linie an hohen Erträgen interessiert¹⁷⁵.

169) Wieland Art. 774 Bem 7 a, Leemann Art. 774 N 61, Chuard 80, Breitenstein 76

170) 77

171) vgl. Breitenstein a. a. O.; a. A. Wieland Art. 774 Bem 7 a, Leemann Art. 774 N 57

172) vgl. hinten § 16

173) Wieland Art. 774 Bem 7 a; BGB § 1079 gibt dem Nutzniesser die Entscheidung, was angesichts von ZGB 773 für das schweiz. Recht nicht angängig ist.

174) Rothmund 58

175) Wieland Art. 774 Bem 7 a, Breitenstein 79

Dass beim Entscheid über die Neuanlage auch die frühere Anlage mit berücksichtigt werden soll, ist abzulehnen¹⁷⁶. Es spielt für die Beurteilung der Neuanlage keine Rolle, wenn die bisherigen Wertpapiere keine sichere Anlage darstellten, dafür aber höhere Erträge abwarfen. Das Erfordernis der genügenden Sicherheit muss auf alle Fälle erfüllt sein. Kommt es zu keiner Einigung über die Anlage, so entscheidet der Richter.

Nur der bisherige Eigentümer wird auch Eigentümer der neu erworbenen Wertpapiere. Die Neuanlage muss deshalb auf seinen Namen erfolgen. Der Nutzniesser besitzt in der Folge einen Anspruch auf Bestellung der Nutzniessung an den neuen Papieren. Dabei kann er vom Besteller verlangen, dass die Nutzniessung an den neuen Titeln auf die gleiche Art begründet werde, wie sie zuvor bestanden hat¹⁷⁷. Die Nutzniessung dehnt sich aber nicht ipso iure auf die Neuanlage aus¹⁷⁸.

III. Die Nutzniessung am Ersatzgegenstand

Die Nutzniessung erstreckt sich nicht nur auf den Gegenstand der Leistung, sondern auch ohne weiteres auf alles, was auf Grund des Subrogationsprinzips des Art. 750 III ZGB an Stelle der ursprünglichen Gegenstände tritt¹⁷⁹. Und zwar erwirbt der Nutzniesser die Nutzniessung in allen Fällen, wo Dritte Ersatz leisten müssen, bereits an der Ersatzforderung nach ZGB 773 ff. und nicht erst am geleisteten Ersatz. Nur so ist der Nutzniesser ausreichend gesichert¹⁸⁰. Denn entstünde die Nutzniessung erst am ausbezahlten Entschädigungsbetrag, so könnte der Niessbraucher durch einen unredlichen Eigentümer leicht in seinen Rechten eingeschränkt oder ganz eingestellt werden, wie z. B. durch Verzicht, Abtretung des Anspruchs oder durch Konkurs des Eigentümers. Da also eine Nutzniessung an einer Forderung entsteht, gilt für die Neuanlage bei Erfüllung des Ersatzanspruches ebenfalls ZGB 774 III¹⁸¹.

Im einzelnen sind etwa folgende Fälle denkbar, wo sich eine Nutzniessung an einer Ersatzforderung ergeben kann:

- a. Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner wegen Nichterfüllung¹⁸²,
- b. Ersatzforderungen für Schaden, den Dritte durch unerlaubte Handlung verursacht haben. Der Eigentümer muss jedoch nur bei einem Verschulden seinerseits dafür einstehen, der Nutzniesser dagegen, wenn er sich nicht exkulpiert kann (ZGB 750 I, 752 I)¹⁸³.

176) Leemann Art. 774 N 63; a. A. Rothmund 58 und dort N 175

177) Leemann Art. 774 N 62

178) ders. a. a. O., Wieland Art. 774 Bem 7

179) Leemann Art. 750 N 13

180) ders. a. a. O., Kellerhals 339, Gierke 681, Planck § 1046 Bem 1, Ennecerus/Kipp/Wolff 400; a. A. Wieland Art. 750 Bem 3, Curti Art. 750 N 8

181) vgl. vorn S. 32

182) Leemann Art. 774 N 60

183) ders. Art. 750 N 11

c. Ersatzansprüche auf Grund einer von Dritten vertraglich übernommenen Pflicht, so hauptsächlich Versicherungsansprüche¹⁸⁴.

d. Im besondern ist noch der Fall zu beachten, wo Pfandtitel der Nutzniessung unterliegen und es zur Pfandverwertung kommt. Ist der Eigentümer auf Grund einer speziellen Klausel zur freihändigen Verwertung berechtigt, so erwirbt der Nutzniesser die Nutzniessung am Erlös, insoweit dieser der Befriedigung des Eigentümers dient. Bei der Verwertung auf dem Wege über das Betreibungsamt bezieht sich die Nutzniessung auf die Forderung des Eigentümers gegen das Betreibungsamt¹⁸⁵.

§ 12. Die Versicherungspflicht

I. Das Wesen und die Voraussetzungen

Aus der allgemeinen Pflicht des Nutzniessers, im Rahmen einer ordentlichen Verwaltung alles vorzukehren, was zur Bestandserhaltung notwendig ist¹⁸⁶, fliesst auch die Pflicht zur Versicherung der Nutzniessungsgegenstände. Auf Grund einer extensiven Interpretation von Art. 764 I ist der Nutzniesser gehalten, den Wert der Nutzniessungsgegenstände zu erhalten, auch wenn Untergang oder Wertverminderungen „durch Einwirkungen hervorgerufen werden, die ausserhalb des Nutzniessungsverhältnisses stehen, und daher an und für sich vom Nutzniesser nicht zu vertreten sind“¹⁸⁷. Der Gesetzgeber will m. a. W. den Eigentümer gegen die Gefahr des Unterganges und der Wertverminderungen schützen, die durch Zufall eintreten. Die Sicherheit, die der Nutzniesser auf Grund von ZGB 760 II/III zu leisten hat, bietet nämlich in der Regel nur dann genügend Garantie für die Deckung des Schadens, wenn sich der Nutzniesser nicht exkulpieren kann.

Die Versicherungspflicht besteht jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen. Sie hängt davon ab, ob und inwieweit nach ortsüblicher Auffassung die Versicherung zu den Pflichten einer sorgfältigen Verwaltung gerechnet wird (ZGB 767 I). Es kann also nicht darauf ankommen, ob der Nutzniesser eine bestimmte Versicherung als notwendig erachten musste¹⁸⁸. Hingegen ist zu betonen, dass nach heutiger Verkehrsanschauung die Versicherungspflicht weit auszudehnen ist¹⁸⁹.

184) ders. a. a. O. N 10

185) vgl. Breitenstein 81, Kaderli 549/550

186) ZGB 764 I

187) Sebes 80

188) ders. a. a. O.

189) Leemann Art. 767 N 2

II. Der Inhalt

Bei der Beurteilung der Versicherungspflicht ist zu beachten, ob die Wertpapiere bei Beginn der Nutzniessung bereits versichert sind oder nicht. Sind die Wertpapiere bei Beginn der Nutzniessung noch nicht versichert, so ist der Nutzniesser verpflichtet, auch ohne ausdrückliches Verlangen, einen Versicherungsvertrag abzuschliessen, sofern die Versicherung nach ortsüblicher Auffassung zu den Pflichten einer sorgfältigen Wirtschaft gehört. Die Versicherung muss auf den vollen Wert der Nutzniessungsgegenstände lauten. Versichert der Nutzniesser nur das Interesse des Eigentümers, abzüglich des Niessbrauchs, so erfüllt er seine Pflicht nicht. In diesem Fall könnten untergegangene Wertpapiere aus der Entschädigungssumme nicht voll ersetzt werden. Damit wäre auch die Fortdauer der Nutzniessung am Ersatz nicht zu rechtfertigen¹⁹⁰. Nach dem Wortlaut des Art. 767 hat der Nutzniesser die Versicherung „zugunsten“ des Eigentümers abzuschliessen. Es handelt sich um den Abschluss einer Fremdversicherung, d. h. einer Versicherung für fremde Rechnung nach VVG 17¹⁹¹. Der Versicherungsvertrag muss demgemäss vom Nutzniesser im eigenen Namen abgeschlossen werden. Der Nutzniesser wird also Versicherungsnehmer nach VVG 17 und handelt nicht als gewöhnlicher Stellvertreter des Eigentümers. Der Eigentümer hat daher auch keinen massgebenden Einfluss auf die Gestaltung des Versicherungsvertrags, ebenso wenig haftet er für Prämien¹⁹². Der Nutzniesser ist auf Grund von VVG 17 II befugt, ohne Zustimmung des Versicherten den Ersatzanspruch gegen den Versicherer geltend zu machen. Der Versicherte aber hat keinen Anspruch gegen den Versicherer auf die Entschädigungssumme. Angesichts dieser Rechtsfolgen erfüllt der Nutzniesser seine Pflicht, die Versicherung „zugunsten des Eigentümers“ abzuschliessen, nur dann richtig, wenn der Versicherungsvertrag die Bestimmung enthält, dass die Entschädigungssumme nur mit Zustimmung des Eigentümers an den Nutzniesser ausgezahlt werden darf¹⁹³. Jener wird seine Zustimmung von der Sicherheitsleistung seitens des Nutzniessers abhängig machen¹⁹⁴. Der Nutzniesser als Versicherungsnehmer hat neben der Pflicht zur Prämienzahlung auch alle andern mit der Versicherung verbundenen Obliegenheiten zu erfüllen, wie z. B. für die Abschlusskosten aufzukommen.

Sind die Wertpapiere bei Beginn des Niessbrauchs schon versichert, so hat der Nutzniesser auf Grund seiner Versicherungspflicht die Versicherung weiterzuführen, d. h. er muss für die Dauer der Nutzniessung für die Prämien aufkommen (ZGB 767 II). Diese Pflicht obliegt ihm auch im Falle, wo sonst diese Versicherung nach ortsüblicher Auffassung nicht zu

190) Planck § 1045 Bem 2 b, Staudinger/Kober § 1045 Bem 1 c

191) vgl. Koenig 215

192) Ausnahmefall VVG 18; vgl. Roelli/Jaeger Art. 57 N 7

193) Leemann Art. 767 N 7, Kellerhals 319, Breitenstein 89

194) Breitenstein a. a. O.

den Aufgaben eines sorgfältigen Wirtschafters gehört¹⁹⁵. Der Nutzniesser wird jedoch dadurch nicht Versicherungsnehmer. Er tritt in keine Rechtsbeziehungen zum Versicherer. Demzufolge ist der versichernde Eigentümer allein über die noch bedingte, wie die fällige Versicherungsforderung verfügungsberechtigt. Ebenso hat sich auch der Versicherer für die Prämienforderung an ihn zu halten¹⁹⁶. Jedoch ist der Nutzniesser gegenüber dem Eigentümer verpflichtet, die Prämien direkt an den Versicherer zu zahlen. Andererseits unterliegt aber auch der Versicherungsanspruch der Nutzniessung. Es erscheint folglich als gerechtfertigt, VVG 57 II analog auf das Nutzniessungsverhältnis anzuwenden. Dadurch darf der Versicherer, dem die Nutzniessung angezeigt worden ist, die Entschädigung nur mit Zustimmung des Nutzniessers oder gegen dessen Sicherstellung an den Eigentümer ausrichten¹⁹⁷. Erhält der Versicherer keine Kenntnis vom Nutzniessungsrecht, so kann er natürlich die Ersatzleistung gültig an den Eigentümer auszahlen. Da die Entschädigung meist in Geld besteht, ist eine direkte Vindikation des ins Eigentum des Versicherungsnehmers übergegangenen Betrages nicht mehr möglich¹⁹⁸.

Läuft ein vom Eigentümer abgeschlossener Versicherungsvertrag während der Dauer des Niessbrauchs ab, so stellt sich die Frage, inwieweit die Versicherung vom Nutzniesser zu erneuern ist. Da der Nutzniesser neu zu versichern hat, muss dieser Fall u. E. demjenigen gleichgestellt werden, wo der Nutzniesser die Versicherung für noch nicht versicherte Wertpapiere einzugehen hat. Demzufolge ist der Niessbraucher auf Grund von ZGB 767 I nur zur Versicherung verpflichtet, soweit sie nach ortsüblicher Auffassung zu den Pflichten einer sorgfältigen Wirtschaft gerechnet wird¹⁹⁹.

III. Die Nichterfüllung

Kommt der Nutzniesser der Versicherungspflicht nicht nach, so kann der Eigentümer der Wertpapiere selbst eine Versicherung eingehen. Für die Kosten und Prämien kann er vom Nutzniesser Ersatz verlangen. Ebenso darf er die Übernahme der Versicherung fordern, allerdings nur vorbehaltlich der Zustimmung des Versicherers²⁰⁰. Erleidet der Eigentümer einen Schaden, der aus der Verletzung der gesetzlichen Versiche-

195) Wieland Art. 767 Bem 4, Leemann Art. 767 N 9; anders BGB § 1045 II

196) Roelli/Jaeger Art. 57 N 4

197) ders. a. a. O. N 5, Breitenstein 90

198) ders. a. a. O. N 6

199) ebenso Leemann Art. 767 N 9, Rossel/Mentha 52, Staudinger/Kober § 1045 Bem 2, Biermann § 1045 Bem 2; a. A. Wieland Art. 767 Bem 4, Chuard 89, Breitenstein 91

200) Leemann Art. 767 N 12, Rossel/Mentha 52, Breitenstein 92, Staudinger/Kober § 1045 Bem 3, Biermann § 1045 Bem 3, Planck § 1045 Bem 2 f; a. A. Roelli/Jaeger Art. 57 N 7

rungspflicht entsteht, so hat der Nutzniesser nach ZGB 752 I Ersatz zu leisten ²⁰¹.

Generell kann gesagt werden, dass für die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Nutzniesser das Nutzniessungsrecht massgebend ist, während die externen Rechtsverhältnisse zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer durch das Versicherungsrecht geregelt werden.

IV. Die Versicherungsarten

Für Wertpapiere können etwa folgende Versicherungsarten in Betracht kommen:

a. Feuer-, Wasserschaden- und Einbruchdiebstahlversicherungen. Sie richten sich gegen die Gefahren, die der Urkunde als solcher drohen. Da die Wertpapiere aber in den weitaus meisten Fällen bei einer Bank im Safe deponiert sind, entweder infolge Hinterlegung zu gesperrtem Depot oder in einem vom Nutzniesser allein gemieteten Schrankfach, macht auch eine sorgfältige Verwaltung eine besondere Versicherung überflüssig.

b. Eine gewisse Bedeutung haben Versicherungen, die sich gegen Gefahren richten, welche das im Papier verbriefte Recht bedrohen. Dabei ist vor allem an die Kursverlustversicherung zu denken. Sie richtet sich gegen Verluste, die bei der Teilamortisation durch Auslosungen immer dann entstehen, wenn der Börsenkurs der betreffenden Titel höher ist als der Rückzahlungskurs. Mehrere Banken versichern nun dieses Risiko gegen Bezahlung einer Prämie. Die Versicherungsgesellschaften der Schweiz üben diesen Geschäftszweig nicht aus ²⁰². Daneben erlangt die Kreditversicherung auch eine gewisse Bedeutung. Sie schützt gegen den Nichteingang einer Forderung ²⁰³.

§ 13. Die Pflicht zur Lastentragung

I. Allgemeines

Gemäss ZGB 765 I hat der Nutzniesser, gegenteilige Vereinbarung vorbehalten, „die Auslagen für den gewöhnlichen Unterhalt und die Bewirtschaftung der Sache, sowie die Steuern und Abgaben“ zu tragen. Dem Nutzniesser soll nur der Reinertrag zufließen. Er muss also grundsätzlich für alle Lasten aufkommen, deren Entrichtung aus den Erträgen der Wertpapiere erwartet werden darf ²⁰⁴. Dagegen werden alle

201) Leemann Art. 767 N 13

202) Kaderli 355/356

203) Breitenstein 86

204) Leemann Art. 765 N 1, Homberger/Marti V, 4

andern Lasten dem Eigentümer überbunden (ZGB 765 III). Die Verpflichtung des Nutzniessers zur Lastentragung ist jedoch nicht davon abhängig, ob im Einzelfall die Lasten aus den gezogenen Nutzungen gedeckt werden können. Der Niessbraucher muss nötigenfalls eigenes Vermögen zur Bestreitung der Auslagen heranziehen²⁰⁵. Er hat natürlich die Möglichkeit, sein überlastetes Recht durch Verzicht aufzugeben, muss aber gleichwohl für die während des Bestehens der Nutzniessung bereits erwachsenen Verpflichtungen aufkommen²⁰⁶.

II. Die einzelnen Lasten

Dem Nutzniesser sind für die Dauer der Nutzniessung die folgenden Lasten auferlegt:

a. Als erste erwähnt das Gesetz „die Auslagen für den gewöhnlichen Unterhalt“ der Nutzniessungsobjekte. Hiebei ist an solche Kosten zu denken, die mit andern Aufgaben des Nutzniessers in Zusammenhang stehen. Depotgebühren obliegen dem Nutzniesser auf Grund der Sicherstellungspflicht, die mit der Versicherung verbundenen Kosten auf Grund der Versicherungspflicht. Ebenfalls muss er alle Ausgaben bestreiten, die die Fruchtziehung betreffen.

b. Gemäss ZGB 765 I muss der Nutzniesser auch die Steuern und Abgaben übernehmen. Wie in der Steuerrechtswissenschaft und der Rechtsprechung allgemein angenommen wird, schafft Art. 765 keine gesetzliche Steuersubstitution. Der Nutzniesser geht nur eine privatrechtliche Verpflichtung gegenüber dem Eigentümer ein, für allfällige Steuerlasten aufzukommen²⁰⁷. Es kann daraus geschlossen werden, dass der Zivilgesetzgeber nicht bestimmen wollte und konnte (ZGB 6), wer für das Nutzniessungsgut und seine Erträge dem Gemeinwesen gegenüber steuer- bzw. abgabepflichtig ist²⁰⁸. Ob also im Einzelfall der Eigentümer oder der Nutzniesser zur Leistung verpflichtet ist, muss auf Grund der einzelnen Steuergesetze entschieden werden²⁰⁹. Im Prinzip sind alle diejenigen öffentlichen Lasten dem Nutzniesser auferlegt, die den Ertrag als Objekt haben. In Betracht fallen also z. B. die Einkommenssteuer, die Couponssteuer, die eidgenössischen Stempelabgaben, usw. Entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis zum Verbot der Doppelbesteuerung, muss der Nutzniesser auch vermögenssteuerpflichtig sein²¹⁰.

205) Staudinger/Kober § 1047 Bem 1

206) Leemann a. a. O., Seuff. Arch. 65, 459

207) vgl. auch ZGB 765 II

208) vgl. Blumenstein, Monatsschrift 37, 418

209) vgl. Sten. Bull StR 1906, 1369, Sp. 2, Leemann Art. 765 N 14

210) vgl. BGE 30 I 287, 52 I 382; § 33 II des zürcherischen Gesetzes über die direkten Steuern vom 8. 7. 1951

c. Allfällige Prozesskosten sind nach Massgabe des Interesses des Eigentümers und des Nutzniessers am Prozess zu tragen²¹¹. Der Nutzniesser hat die Kosten aus Prozessen zu tragen, deren Streitobjekt das Nutzniessungsrecht als solches oder Massnahmen der laufenden Verwaltung bilden. Der Eigentümer hingegen muss für die Auslagen aufkommen, die sich aus Prozessen ergeben, die sein Eigentumsrecht betreffen. Sind sowohl Nutzniesser als auch Eigentümer an einem Rechtsstreite interessiert, so haben sie gemeinsam dessen Kosten zu übernehmen. Die Kosten sind nötigenfalls durch den Richter aufzuteilen²¹².

III. Die Lasten des Eigentümers

Alle übrigen Lasten, die auf dem Stammwert der Papiere liegen, hat der Eigentümer zu übernehmen. Hier ist vor allem an alle Arten von öffentlich-rechtlichen Vermögensabgaben zu denken²¹³. Gleichfalls kommen ausserordentliche nicht wiederkehrende Abgaben in Frage²¹⁴. Der Eigentümer ist gemäss ZGB 765 III befugt, zur Bestreitung solcher Abgaben vom Nutzniesser ein unentgeltliches Darlehen zu verlangen. „Falls der Nutzniesser ihm auf Verlangen die nötigen Geldmittel nicht vorschiesst“, ist es ihm erlaubt, „Gegenstände der Nutzniessung hiefür zu verwerten“. Umgekehrt muss auch dem Nutzniesser in Analogie zu ZGB 764 III die Befugnis zustehen, wie Sebes²¹⁵ u. E. zutreffend annimmt, „bei Passivität des Eigentümers“ selbst auf die Nutzniessungsgegenstände zu greifen, um allfällige Schädigungen abzuwenden.

§ 14. Der Ersatzanspruch des Nutzniessers für Verwendungen

I. Der Grundsatz

Für Mehrleistungen und Verwendungen, zu denen der Nutzniesser nicht verpflichtet ist, besitzt er einen selbständig verfolgbaren Ersatzanspruch. Es gelten kraft gesetzlicher Bestimmung die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag²¹⁶. Die Regel des Art. 422 OR, wonach dem Geschäftsführer alle notwendigen und nützlichen und den Verhältnissen angemessenen Verwendungen zu ersetzen sind, sofern „die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn

211) Wieland Art. 765 Bem 2 c

212) vgl. Sebes 86

213) vgl. Kellerhals 329

214) vgl. ders. a. a. O.

215) 88

216) ZGB 753, OR 419 ff

geboten war“, kann nur beschränkt auf die Nutzniessung an Wertpapieren angewendet werden. Da nämlich der Niessbraucher zu allen Verwaltungsmassnahmen die Zustimmung des Eigentümers einholen muss, kann er keinen Ersatz beanspruchen, wenn er ohne dessen Zustimmung oder gegen dessen Willen Verwendungen auf die Wertpapiere macht. Ein Ersatzanspruch steht ihm nur zu, soweit dadurch eine tatsächliche Wertvermehrung eingetreten ist, d. h. der Eigentümer bereichert ist (OR 64). Eine Ausnahme dieses Prinzips liegt jedoch dann vor, wenn Massnahmen in Frage stehen, die im Falle der Gefährdung des verbrieften Rechts zu einer sorgfältigen Verwaltung gehören (ZGB 773 III). In diesem Fall kann der Nutzniesser Ersatz der notwendigen Verwendungen beanspruchen, auch wenn er ohne Zustimmung des Eigentümers gehandelt hat. OR 422 gilt grundsätzlich bei Verwaltungshandlungen, die mit Zustimmung des Eigentümers erfolgt sind²¹⁷. Wertvermehrungen, die ohne Zutun des Nutzniessers eintreten, begründen natürlich keinen Anspruch auf Ersatz²¹⁸.

Obwohl der Gesetzgeber in ZGB 753 I ohne Einschränkung auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag verweist, muss angenommen werden, dass der Eigentümer die verwendeten Beträge, die er ersetzen muss, nicht zu verzinsen verpflichtet ist²¹⁹. Diese Auffassung wird besonders durch ZGB 765 III gestützt, wo dem Eigentümer die Befugnis verliehen wird, für die „ändern Lasten“ vom Nutzniesser ein zinsloses Darlehen zu verlangen oder Gegenstände der Nutzniessung hiefür zu verwenden. Der Zinsausfall wird durch den Ertrag aus den wertvermehrten, bzw. nicht geschädigten Papieren wettgemacht²²⁰.

II. Die Geltendmachung

Der Nutzniesser kann seinen Anspruch auf Ersatz nach Beendigung des Niessbrauchs geltend machen, d. h. bei der Restitution (753 I). Demzufolge richtet sich der Anspruch nicht nur gegen denjenigen, der zur Zeit, in der die Verwendungen gemacht worden sind, Eigentümer war, sondern gegen jeden Eigentümer²²¹. Das hat seinen Grund namentlich darin, dass die Verwendungen auf dem Nutzniessungsgegenstand den späteren Eigentümern ebenso zugute kommen.

217) vorbehältlich ZGB 765

218) z. B. bei Hausse der Wertpapiere; vgl. Kellerhals 344

219) so Wieland Art. 753 Bem 3, Chuard 86, Breitenstein 104; a. A. Planck § 1049 Bem 3

220) vgl. Wieland a. a. O.

221) Leemann Art. 753 N 14

III. Das Retentionsrecht

Dem Nutzniesser steht zur Sicherung seiner Ersatzforderungen das Retentionsrecht nach ZGB 895 ff. zu. Das Retentionsrecht ist an allen verwertbaren Inhaber-, Ordre- und Namenpapieren möglich. Ebenso können hinkende Namenpapiere retiniert werden²²². Hingegen kann das Retentionsrecht an Talons nicht ausgeübt werden, da sie keinen selbständigen Vermögenswert darstellen²²³. Um das Retentionsrecht ausüben zu können, müssen sich die Wertpapiere mit dem Willen des Schuldners (Eigentümers) im Besitze des Gläubigers (Nutzniessers) befinden (ZGB 895). Der retinierende Nutzniesser braucht aber nicht ausschliesslicher Besitzer zu sein, es genügt auch, wenn er nur Mitbesitzer ist. Wichtig ist lediglich, dass der Retentionsschuldner an der Verfügung über die Titel gehindert wird²²⁴.

222) SJZ 9, 77, Oftinger Art. 895 N 32, Jäggi Art. 965 N 320

223) vgl. Beeler 137

224) vgl. ders. 138

2. Abschnitt

Rechte und Pflichten des Eigentümers

§ 15. Das Aufsichtsrecht und das Einspruchsrecht

I. Allgemeines

Der Besteller der Nutzniessung wird in seiner Rechtsstellung nur soweit beschränkt, als sich dies aus der Nutzniessung ergibt. Es bleibt ihm die „nuda proprietas“. Im Rahmen seines Rechts ist er daher in der Lage, an den belasteten Wertpapieren ein der Nutzniessung nachgehendes Pfandrecht ohne Zustimmung des Nutzniessers zu bestellen. Bei einer solchen Massnahme wird nämlich das Recht des Nutzniessers in keiner Weise berührt. ZGB 773 II schreibt zwar vor, dass Verfügungen über Wertpapiere vom Gläubiger und vom Nutzniesser ausgehen müssen, bezieht sich aber trotz der allgemeinen Fassung nicht auf die Bestellung eines dem Niessbrauche nachgehenden Pfandrechts. Es ist u. E. zutreffend, wenn das Bundesgericht²²⁵ aus ZGB 773 schliesst, dass der Gesetzgeber nur solche Verfügungen meint, die wie die Kündigung einen Einfluss auf die Rechtsstellung des Eigentümers gegenüber dem Verpflichteten haben und gleichzeitig auch den Nutzniesser berühren. Der unmittelbar besitzende Nutzniesser oder bei Hinterlegung der Depositar üben dann für den Pfandgläubiger den Besitz aus²²⁶. Der Eigentümer ist dagegen, wie schon erwähnt, nicht befugt, Wertpapiere ohne Zustimmung des Nutzniessers zu veräussern²²⁷. Er darf in keinem Fall die Rechte des Nutzniessers beeinträchtigen. Die Rechtsstellung des Proprietars erfordert aber ebenso einen wirksamen Schutz gegen Missbräuche seitens des Nutzniessers.

II. Die Kontrolle

Damit der Eigentümer sich wirksam schützen kann, muss er die Möglichkeit haben, die Massnahmen des Nutzniessers zu kontrollieren. Im Gesetz findet sich jedoch keine ausdrückliche Einräumung des Aufsichtsrechts, denn der Gesetzgeber setzt es wohl als selbstverständlich

225) Pra. XII, Nr. 177, 438, BGE 49 II 340, Weiss Nr. 5016, 266 ff

226) Breitenstein 107

227) vgl. Leemann Art. 774 N 43, vorne S. 21 ff

voraus. Einzig das Marginale zu ZGB 759 weist darauf hin, der Inhalt dieser Vorschrift ordnet aber nicht das Kontrollrecht. Er setzt dieses schon voraus ²²⁸.

Der Nutzniesser muss sich auf der andern Seite die Aufsicht des Eigentümers gefallen lassen, allerdings nur soweit, als er dadurch in der Ausübung seiner Rechte nicht gehindert wird ²²⁹. In der Kontrolle darf vor allem keine Schikane liegen (ZGB 2) ²³⁰.

Um sich die Kontrolle zu erleichtern, kann der Eigentümer die Errichtung eines Inventars verlangen. Gemäss ZGB 763 ist er dazu jederzeit berechtigt ²³¹.

III. Das Recht auf Einspruch

Das Aufsichtsrecht stellt nun insbesondere eine Voraussetzung dar zur wirksamen Ausübung des Rechts auf Einspruch. Nach ZGB 759 kann der Eigentümer „gegen jeden widerrechtlichen oder der Sache nicht angemessenen Gebrauch Einspruch erheben“. Der Gebrauch ist schon dann als widerrechtlich oder unangemessen zu betrachten, wenn eine objektive Gefährdung des Wertpapiers vorliegt. Ein subjektives Verschulden des Nutzniessers ist nicht verlangt. Das Veto des Eigentümers ist an keine Form gebunden, kann aber auch durch provisorische gerichtliche Verfügung erfolgen. Auch gegen einen allfälligen Ausübungsberechtigten kann direkt Einspruch erhoben werden (ZGB 758 II). Lässt der Nutzniesser „trotz Einspruches von einem widerrechtlichen Gebrauch der Sache nicht ab, so hat der Richter ihm den Besitz des Gegenstandes bis auf weiteres zu entziehen und eine Beistandschaft anzuordnen“ ²³². Bevor aber diese weitem Massnahmen ergriffen werden dürfen, muss eine angemessene Frist gesetzt werden.

Es ist jedoch zu bemerken, dass bei der Nutzniessung an Wertpapieren diesem Recht auf Einspruch keine grosse Bedeutung zukommt, da ja die Verwaltung weitgehend gemeinsam durchgeführt werden muss. Der Eigentümer ist daher in den meisten Fällen in der Lage, einen widerrechtlichen „Gebrauch“ schon von Anfang an zu verhindern.

§ 16. Das Recht auf Sicherstellung

I. Das Wesen

Der Nutzniesser ist verpflichtet, auf Verlangen des Eigentümers für die in Niessbrauch stehenden Wertpapiere Sicherheit zu erbringen (ZGB

228) vgl. Sebes 111

229) Leemann Art. 759 N 3, Homberger/Marti VI, 2

230) Sebes a. a. O.

231) vgl. hinten § 17

232) ZGB 762, vgl. hinten § 16 V

760). Die Sicherstellung soll Gewähr dafür bieten, dass nach Beendigung der Nutzniessung eine gehörige Restitution möglich ist. Die Kautionspflicht kann deshalb die Restitutionspflicht nicht übersteigen²³³. Der Eigentümer ist befugt, die Sicherstellung der Wertpapiere schon vor der Bestellung der Nutzniessung zu verlangen, ja diese davon abhängig zu machen (ZGB 760 II). Fordert aber der Eigentümer vor der Bestellung der Nutzniessung keine Sicherheit, so ist dies nicht als ein Verzicht anzusehen, sofern er nicht ausdrücklich ausgesprochen wird. Der Besteller darf dieses Recht auch jederzeit während der Dauer der Nutzniessung ausüben²³⁴.

Im Gegensatz zu der Nutzniessung an Sachen und gewöhnlichen Forderungen, ist bei Wertpapieren kein besonderer Nachweis einer Gefährdung der Nutzniessungsobjekte als Voraussetzung der Sicherstellungspflicht gefordert (ZGB 760 II). Diese Vorschrift wurde im Hinblick auf die grosse Verkehrsfähigkeit der Wertpapiere und den damit verbundenen besondern Risiken aufgestellt²³⁵. Zu prüfen ist nun, ob Art. 760 II angesichts seines Grundgedankens auf alle Wertpapiere anzuwenden ist, ob m. a. W. auf den Wertpapierbegriff des Art. 965 OR abgestellt werden darf. Diese Frage ist zu verneinen, denn nur Inhaber- und Ordrepapiere sind in besonderem Masse verkehrsfähig. Bei Namenpapieren hingegen besteht im Vergleich zu gewöhnlichen Forderungen kein grösseres Sicherstellungsbedürfnis²³⁶. Der Eigentümer kann demzufolge nur bei Nutzniessung an Inhaber-, Ordre- und allenfalls hinkenden Inhaberpapieren Sicherheit ohne Nachweis einer Gefährdung verlangen.

Ebenso kann der Eigentümer Sicherstellung fordern, ohne eine Gefährdung nachzuweisen, wenn der Nutzniesser um die Abtretung der Wertpapiere nach ZGB 775 nachsucht. Der Grund liegt jedoch hier nicht in erster Linie in der besondern Natur der Wertpapiere, sondern ist vielmehr darin zu suchen, dass der Eigentümer nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückerstattung des Wertes und keine dingliche Sicherheit besitzt²³⁷. Der Anwendung dieser Vorschrift auf alle Wertpapierkategorien steht deshalb nichts entgegen.

II. Die Sicherstellung bei Schenkung und gesetzlicher Nutzniessung

Von der Pflicht, Sicherheit zu leisten, ist der Nutzniesser, ausser bei Verzicht des Eigentümers, noch in weitem Fällen befreit. Gemäss ZGB 761 I hat der Eigentümer keinen Anspruch auf Sicherstellung „gegenüber demjenigen, der den Gegenstand dem Eigentümer unter Vorbehalt der

233) Leemann Art. 760 N 4, Kellerhals 334

234) Leemann a. a. O. N 9, de Rham 53/54; a. A. Rossel/Mentha 42

235) Kellerhals 333, BIZR 15 Nr. 195, 324

236) vgl. Jäggi Art. 965 N 204

237) Breitenstein 27

Nutzniessung geschenkt hat“. Ebenso ist es zulässig, dass bei einem Niessbrauch auf Grund einer letztwilligen Verfügung der Erblasser dem Nutzniesser die Sicherstellungspflicht erlässt. Jedoch besteht hier insofern eine Einschränkung, als der Erblasser dies nur insoweit tun kann, als er dadurch kein Pflichtteilsrecht verletzt²³⁸.

Auf Grund von ZGB 761 II steht der Anspruch auf Sicherstellung bei der gesetzlichen Nutzniessung unter der besondern Ordnung des Rechtsverhältnisses. Daraus könnte abgeleitet werden, ZGB 464 schliesse die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des Art. 760 II aus. Nach jener Bestimmung hätte der überlebende Ehegatte nur „im Falle der Wiederverheiratung, sowie bei Gefährdung“ des Eigentümers, Sicherheit zu leisten. Demzufolge müsste also auch bei einer Nutzniessung an Inhaber- und Ordrepapieren der Nachweis einer Gefährdung erbracht werden. Dieser Auffassung widerspricht jedoch die Entstehungsgeschichte dieses Artikels²³⁹. Wäre nämlich ZGB 760 II nicht anwendbar, so würde das einer Abschwächung der Sicherstellungspflicht des überlebenden Ehegatten gleichkommen. Das kann jedoch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, denn die Gründe, welche in den betreffenden Fällen einen Anspruch auf Sicherstellung ohne Nachweis einer Gefährdung rechtfertigen, sind auch hier vorhanden. Folglich muss es den Miterben ebenfalls gestattet sein, vom überlebenden Ehegatten ohne Nachweis einer Gefährdung eine Kautio zu verlangen. Die allgemeinen sachenrechtlichen Normen (ZGB 760-762) finden hingegen bei den familienrechtlichen Nutzungsrechten keine Anwendung²⁴⁰.

III. Die Arten der Sicherstellung

Die Sicherung kann durch Pfandbestellung oder Bürgschaft vorgenommen werden; für Wertpapiere genügt auch die Hinterlegung (ZGB 760 III), weil ja der Wertpapierschuldner nicht befreit wird, wenn er ohne Vorweisung der Urkunde leistet. Allerdings vermag die Hinterlegung der Urkunden keine ausreichende Sicherheit zu bieten, wenn eine uneigentliche Nutzniessung vorliegt. Sind nämlich die Wertpapiere nach ZGB 775 abgetreten worden, so können sie trotzdem vom Konkurs des Nutzniessers erfasst werden. Es muss daher ein Pfandrecht hinzukommen²⁴¹. Handelt es sich aber um eine eigentliche Nutzniessung, so erweist sich die Hinterlegung als die vorteilhafteste Art der Sicherung²⁴².

238) Leemann Art. 761 N 6, de Rham 42, Breitenstein 29

239) Prot. Exp. Komm. 143/144, vgl. Escher Art. 464 N 2, Wieland Art. 761, Leemann Art. 761 N 5, de Rham 44, Breitenstein 30/31; a. A. Sebes 115, BIZR 15, Nr. 195, 324 u. 35, Nr. 125, 261

240) vgl. die in N 239 angeführte Literatur

241) Leemann Art. 760 N 11, vgl. vorne S. 28

242) Bei Namenpapieren genügt zur Sicherstellung auch die Anzeige der Nutzniessung an den Schuldner, denn dann kann er sich nur durch Zahlung an Gläubiger und Nutzniesser gemeinsam befreien (ZGB 774 I). vgl. Jäggi Art. 965 N 201

Die Hinterlegung erfolgt in der Regel bei einer Bank zu „gesperstem Depot“, d. h. die Papiere werden mit der Bestimmung hinterlegt, dass der Depositar das Depot nur an Nutzniesser und Eigentümer gemeinschaftlich herausgeben darf. Die gesetzliche Grundlage eines jeden Depots bildet der Hinterlegungsvertrag (OR 472 ff.)²⁴³. Nähere Bestimmungen über die Errichtung und Aufhebung eines Depots sind den Depotreglementen der Banken zu entnehmen. Der Depotvertrag kann jedoch grundsätzlich formlos abgeschlossen werden²⁴⁴.

Alle mit Nutzniessung belasteten Werttitel müssen hinterlegt werden, ausgenommen, wie bereits erwähnt, die Zins- und Dividendenscheine. Dagegen muss auch der Erneuerungsschein der Hinterlegungsstelle übergeben werden²⁴⁵. In der Praxis werden jedoch meistens sämtliche Effekten mit den Nebenpapieren in einem Portefeuille mit dem Vermerk „Eigentum des A, belastet mit Nutzniessung des B“ der Bank übergeben. Man spricht hier von einem Nutzniessungsdepot. Der Depositar ist in erster Linie zur Aufbewahrung „an einem sichern Orte“ verpflichtet. Die Hinterlegungsstelle haftet gemäss OR 99 für jedes Verschulden, ebenso gilt OR 101 und OR 55 betreffend die Haftung für Hilfspersonen²⁴⁶. Gemäss den Depotreglementen übernimmt die Bank neben der Aufbewahrungspflicht auch ohne ausdrücklichen Auftrag vom Tag der Depositionierung an gewisse Verwaltungshandlungen²⁴⁷. Sie bestehen darin, dass der Depositar die fälligen Coupons einzieht, bzw. verwertet, neue Couponsbogen bezieht, Interimsscheine gegen definitive Titel umtauscht, Auslosungen und Bezugsrechte überwacht, usw. Weitergehende Verwaltungsmassnahmen darf die Bank nur im Einverständnis des Eigentümers und des Nutzniessers oder des Bevollmächtigten vollziehen, und zwar muss die Zustimmung jedesmal neu erteilt werden. Eine Generalvollmacht ist nicht ausreichend²⁴⁸. Als derartige Verwaltungsakte kommen etwa in Frage: Besorgung von Konversionen, Ausübung von Bezugsrechten, An- und Verkäufe von Titeln, Kündigungen an den Schuldner, Vermittlung von Einzahlungen auf nicht voll einbezahlte Papiere²⁴⁹. Liegen keine anderweitigen Weisungen vor, so schreibt die Bank alle einkassierten Beträge nach den allgemeinen Regeln der Nutzniessung entweder dem Nutzniesser oder dem Eigentümer gut. Finden jedoch Kapitalrückzahlungen statt, so darf sie die Summen weder dem Eigentümer noch dem Nutzniesser gutschreiben. Die Beträge werden bis zur Neuanlage auf ein Sperrkonto verbucht²⁵⁰. Die Kosten der Hinterlegung sind vom Nutz-

243) Kaderli 155. In der Schweiz existiert kein besonderes Depotgesetz wie in Deutschland.

244) Kaderli a. a. O.

245) vgl. vorne S. 21, Wieland Art. 774 Bem 10 a, Leemann Art. 760 N 11, Chuard 63, Staudinger/Kober § 1082 Bem 2 a, Planck § 1082 Bem 1

246) Oser/Schönenberger Art. 472 N 29, Hug 136

247) Oser/Schönenberger a. a. O. N 27, Hug a. a. O.

248) Beeler N 2

249) ders. a. a. O., Kaderli 158 und 163/164

niesser allein zu tragen, denn man kann sie als Folge der Sicherstellungspflicht betrachten ²⁵¹.

Ein derartiges Depot ist aber nicht nur Hinterlegungsvertrag (OR 472 ff.), sondern daneben auch Auftrag (OR 394 ff.) ²⁵². Aus dem Auftragsrecht ergeben sich für den Depositaren vor allem die Pflichten, die er bei der Ausführung der Verwaltungsmassnahmen zu beobachten hat ²⁵³.

IV. Der Umfang der Sicherstellung

Sofern nicht die Hinterlegung gewählt worden ist, wird der Umfang der Sicherstellung nach dem Wert- oder Kapitalbetrag bestimmt, den die Wertpapiere bei Beginn der Nutzniessung, bzw. zur Zeit der Abtretung repräsentieren ²⁵⁴. Daneben ist auch der Grad der Gefährdung zu berücksichtigen. Als obere Grenze für die Höhe der Sicherheit gilt der Wert dessen, was der Nutzniesser nach Beendigung des Niessbrauchs zu restituieren hat; denn die Sicherstellung soll ja dem Eigentümer einen vollwertigen Ersatz bieten können ²⁵⁵. Kann über die Höhe der Sicherheit keine Einigung erzielt werden, so muss sie auf dem Prozesswege festgestellt werden. Unter Umständen kann eine Erhöhung der Sicherheit gerechtfertigt erscheinen, nämlich dann, wenn die Kurse der mit Nutzniessung belasteten Wertpapiere in unvorhergesehenem Masse steigen, sodann, wenn auf solche Titel Prämien oder Losgewinne fallen. Blosser Kursschwankungen sind dagegen nicht zu beachten. Wann jedoch eine solche Wertzunahme der Wertpapiere vorliegt, infolge der die geleistete Sicherheit in keinem Verhältnis mehr zum Risiko des Eigentümers steht, kann nur im Einzelfall entschieden werden ²⁵⁶.

V. Die Folgen der Nichtleistung der Sicherheit

Wenn der Nutzniesser während einer ihm hiefür angesetzten angemessenen Frist die Sicherheit nicht leistet, so hat der Richter ihm den Besitz des Gegenstandes bis auf weiteres zu entziehen und eine Beistandschaft anzuordnen (ZGB 762). Vorausgesetzt für den Besitzentzug und die Beistandschaft ist, dass der Eigentümer den Nutzniesser (evtl. den Ausübungsberechtigten) erfolglos aufgefordert hat, Sicherheit zu leisten. Er oder der Richter muss dabei dem Nutzniesser eine angemessene Frist

250) Kaderli 157

251) so Chuard 63, Breitenstein 36, Kaderli 157; a. A. Planck § 1082 Bem 1, Straudinger/Kober § 1082 Bem c

252) Oser/Schönenberger Art. 472 N 18, Pra. 26, Nr. 147, 362 ff

253) so vor allem OR 396 I und II; vgl. Hug 139/140

254) Leemann Art. 760 N 10, Art. 775 N 6

255) de Rham 62, Breitenstein 33

256) Breitenstein 34

angesetzt haben. Es ist aber nicht nötig, dass der Niessbraucher vorher rechtskräftig zur Sicherstellung verurteilt worden ist, da er ohne Gefährdungsnachweis zur Sicherheitsleistung gezwungen werden kann²⁵⁷.

Im Falle der Nichtleistung der Sicherheit ist eine Beistandschaft anzunordnen. Abweichend vom allgemeinen Prinzip des Gesetzes (ZGB 392, 393 und 823) ist der Richter für die Anordnung der Beistandschaft zuständig²⁵⁸. Diese Art der Ernennung bietet den Vorteil, dass sie sehr rasch vor sich geht.

Wer kann zum Beistand ernannt werden? Wenn man diese Frage beantworten will, muss man beachten, dass die Zwecke einer Beistandschaft nach ZGB 392 ff. und einer solchen nach ZGB 762 voneinander abweichen. Während es in jenem Fall nur um den Schutz des Verbeiständeten geht, will das Gesetz in ZGB 762 im Gegensatz dazu einem Dritten, dem Eigentümer Schutz gewähren. Deshalb muss, wie u. E. richtig angenommen wird, auch der Eigentümer als Beistand ernennbar sein, denn die dem Nutzniesser entgegenstehenden Interessen des Eigentümers sollen ja gewahrt werden²⁵⁹. Ob dies im Einzelfall zweckdienlich ist, hat jedoch der Richter zu ermessen. Als nicht ernennbar muss der Eigentümer jedenfalls dann betrachtet werden, wenn er mit dem Nutzniesser verfeindet ist, oder wenn ihre Interessen mehr als begriffsnotwendig widerstreiten²⁶⁰. Ebenso wenig kommen Drittpersonen in Frage, deren Interessen in erhöhtem Masse denjenigen des Eigentümers gegenüberstehen.

Wo die Übergabe der Wertpapiere an den Nutzniesser noch nicht erfolgt ist, geschieht die Besiztentziehung durch einfache Anweisung an den Eigentümer, die Wertpapiere zur Verfügung des Beistandes zu halten. Besitzt der Nutzniesser die Wertpapiere bereits, so kann ihm vom Richter die Verpflichtung auferlegt werden, die Titel dem Beistand zu übergeben. Für eine allfällige zwangsweise Vollstreckung gelten die kantonalen Regeln (OR 97 II).

Trotz der Bestellung eines Beistandes bleibt die rechtliche Stellung des Eigentümers unverändert. Der Beistand erscheint diesem gegenüber in den Rechten und Pflichten des Nutzniessers. Der Beistand ist zu allen Handlungen verpflichtet und berechtigt, die dem Nutzniesser zustanden. Demzufolge hat er auch alle Kosten, die dem Nutzniesser auferlegt wurden, zu decken. Diese Auslagen kann er jedoch bei der Auszahlung der Ertragnisse an den Nutzniesser in Abzug bringen²⁶¹. Der Richter setzt die Amtsdauer und die Entschädigung des Beistandes fest (ZGB 417 II) und weist den Beistand an, periodisch, sowie nach Beendigung der

257) Wieland Art. 762 Bem 1, Breitenstein 37, de Rham 63 ff

258) Wieland Art. 762 Bem 2, Leemann Art. 762 N 6, Curti zu Art. 762, Kellerhals 335; a. A. Rossel/Mentha 43, Breitenstein 37

259) so Leemann Art. 762 N 7, de Rham 72, Kellerhals 335, auch BGB § 1052 II; a. A. Wieland Art. 762 Bem 2, Chuard 64, Breitenstein 39

260) Leemann a. a. O., Kellerhals a. a. O.

261) Leemann Art. 762 N 9

Beistandschaft zuhanden des Eigentümers und des Nutzniessers Rechnung zu stellen²⁶². Die Verantwortlichkeit des Beistandes richtet sich nach den allgemeinen Regeln von ZGB 426 ff. (ZGB 367 III)²⁶³.

Die bei gewöhnlichen Forderungen nötige Mitteilung an den Drittschuldner, um gutgläubige Leistungen an den Nutzniesser zu vermeiden, ist beim Vorliegen von Wertpapieren nicht von Bedeutung. Da dem Nutzniesser der Besitz an den Urkunden entzogen ist, kann der Dritte auch nicht mehr rechtsgültig an ihn leisten.

Die Beistandschaft endigt durch gerichtliche Aufhebung. Ebenfalls lässt das Ende der Nutzniessung die Beistandschaft untergehen. Vorausgesetzt für die gerichtliche Aufhebung ist, dass sie unter Zustimmung des Eigentümers erfolgt oder der Nutzniesser nachträglich genügende Sicherheit leistet. Wenn die Beistandschaft hingegen wegen fortgesetzten widerrechtlichen Gebrauchs angeordnet wurde, welche Möglichkeit in ZGB 762 auch vorgesehen ist, so führt die nachträgliche Sicherheitsleistung nicht zur Aufhebung. Der Nutzniesser muss zudem ausreichende Garantie bieten, dass er vom widerrechtlichen Gebrauch wirklich ablassen wird²⁶⁴.

§ 17. Die Inventarpflicht

I. Der Zweck und Inhalt des Inventars

Das Recht, jederzeit ein Inventar zu verlangen, ist ein gemeinsames Rechtsmittel beider Parteien. Sowohl Eigentümer als auch Nutzniesser können jederzeit — bei Beginn und während der ganzen Dauer — selbständig die Erstellung eines Inventars mit öffentlicher Beurkundung fordern (ZGB 763). Beiden kann es denn auch von Nutzen sein. Es begrenzt einerseits die Pflicht zur Restitution des Nutzniessers und erleichtert dem Eigentümer anderseits die Kontrolle, die Aussonderung bei Konkurs und Pfändung des Nutzniessers, sodann den Nachweis des Umfangs der Rückerstattung. Gleichfalls kann durch das Inventar die Vermutung aus dem Besitz widerlegt werden²⁶⁵.

Sind die Wertpapiere nach ZGB 775 abgetreten worden, so besitzt das Inventar eine besondere Bedeutung. Bei Beendigung der uneigentlichen Nutzniessung nach Art. 775 muss die Höhe der Ersatzforderung bestimmt werden. Diese richtet sich, wie wir gesehen haben, nach dem Wert der Wertpapiere im Zeitpunkt der Abtretung. Das Inventar enthält für diesen Fall gleichzeitig eine Schätzung der Nutzniessungsgegenstände²⁶⁶. Sofern kein Inventar aufgenommen worden ist, hat selbst-

262) ders. a. a. O. N 10

263) ders. a. a. O. N 11, Breitenstein 40

264) Leemann Art. 762 N 12

265) Sebes 112

266) Breitenstein 44/45

verständlich der Eigentümer zu beweisen, in welcher Höhe, bzw. an welchen Titeln die Nutzniessung bestellt war.

Im Inventar werden alle Papiere aufgeführt, die der Nutzniessung unterliegen, und zwar muss deren Art und Anzahl genau umschrieben sein. Bei Losen und Prämienpapieren ist es ausserdem von Bedeutung, die Nummern aufzunehmen.

II. Die Form des Inventars

ZGB 763 spricht nur von der Aufnahme eines Inventars mit öffentlicher Beurkundung. Trotzdem muss dem Nutzniesser und Eigentümer gestattet sein, ein Inventar auf privater Basis aufzunehmen. Damit es aber seinen Zweck erfüllt, muss es von beiden Parteien unterschriftlich als richtig anerkannt werden. Wer sich Dritten gegenüber darauf beruft, hat dessen Echtheit zu beweisen²⁶⁷. Das öffentliche Inventar wird dagegen von vornherein als richtig vermutet (ZGB 9). Die Zuständigkeit für die Errichtung und die Form des öffentlichen Inventars richtet sich nach kantonalem Recht (ZGB Schl. T. 55).

III. Die Kosten des Inventars

Die Kosten der Errichtung des Inventars sind gemäss ZGB 763 vom Eigentümer und Nutzniesser gemeinsam zu tragen. Verweigert der Eigentümer die Zahlung, so darf der Nutzniesser u. E. analog ZGB 764 III vorgehen, d. h. der Nutzniesser darf die Nutzniessungsgegenstände heranziehen²⁶⁸.

§ 18. Das Recht auf Schadenersatz

1. Die Verantwortlichkeit des Nutzniessers im allgemeinen

Der Niessbraucher haftet nach ZGB 752 für den Untergang und den Minderwert, wenn er nicht nachzuweisen vermag, dass ihn am Eintritt des Schadens kein Verschulden trifft. Tritt der Minderwert jedoch durch den ordnungsgemässen Gebrauch der Nutzniessungsgegenstände ein, so hat der Nutzniesser keinen Ersatz zu leisten (ZGB 752 III). Die Schadenersatzpflicht ist nicht eine Folge der Restitutionspflicht, sondern ergibt sich aus der Verletzung der Pflicht des Nutzniessers zur Erhaltung des wirtschaftlichen Bestandes²⁶⁹. Der Nutzniesser hat grundsätzlich jeden

267) Wieland Art. 763, Leemann Art. 763 N 6, Rossel/Mentha 45, Chuard 66, Breitenstein 45, Sebes 112

268) vgl. Sebes 112

269) vgl. ders. 120

Verlust zu ersetzen. Sein Verschulden wird präsumiert. Der Eigentümer muss daher für seinen Ersatzanspruch nur das Fehlen oder den Minderwert der Wertpapiere nachweisen. Es liegt dann beim Nutzniesser, den Beweis zu erbringen, dass seinerseits kein Verschulden vorliege.

II. Das Verschulden

Der Nutzniesser ist für jedes Verschulden haftbar, und zwar muss es weitgehend nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden. Als Kriterium kann die Sorgfalt des „bonus pater familias“ des römischen Rechts gelten ²⁷⁰.

Ein Verschulden des Nutzniessers kommt insbesondere in Frage bei Nichtbeachtung oder nicht richtiger Beachtung der Pflichten aus dem Legalschuldverhältnis, wie z. B. der Versicherungspflicht, der Pflicht zur Einholung der Zustimmung zu Verwaltungsmassnahmen, usw. ²⁷¹. Wird die Nutzniessung durch einen Dritten ausgeübt, so steht dessen Verschulden dem Verhalten des Nutzniessers gleich ²⁷². Der Nutzniesser haftet jedoch nicht für Handlungen eines Beistandes, der vom Richter eingesetzt worden ist. Er soll nicht die Verantwortung für Handlungen eines Beistandes tragen, der ihm aufgezwungen worden ist. Es kommen hier die Bestimmungen von ZGB 426 ff. analog zur Anwendung. Dabei wird in erster Linie der Vormund und subsidiär der Kanton zur Verantwortung gezogen ²⁷³.

III. Das Mass der Haftung und der Umfang des Schadenersatzes

Das Mass der Haftung und der Umfang des Schadenersatzes bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts. Der Wertpapiernutzniesser kann den Ersatz in Geld oder in Wertpapieren gleicher Art leisten. Sollen die unbefugterweise veräusserten Wertpapiere in Geld ersetzt werden, so stellt sich die Frage, ob der Kurs vom Tage der Bestellung der Nutzniessung oder derjenige im Zeitpunkt der Restitution für die Berechnung des Schadens massgebend sein soll. Durch die Ersatzleistung soll der Besteller der Nutzniessung in die möglichst gleiche Lage versetzt werden, in der er sich bei richtig erfolgter Rückleistung befände. Dem Besteller muss es also möglich gemacht werden, die gleiche Stückzahl der betreffenden Papiere wieder anzuschaffen. Der Kauf dieser Titel kann natürlich nur zum Kurse erfolgen, den die Wertpapiere bei Beendigung der Nutzniessung aufweisen. Folglich ist es klar, dass nur der

270) vgl. ders. 123

271) Leemann Art. 752 N 3, Gierke 682

272) Leemann a. a. O. N 4

273) vgl. de Rham 75, Breitenstein 110/111

Kurs am Ende des Niessbrauchs der Schadensberechnung zugrundegelegt werden kann²⁷⁴. Die Berechnung auf Grund des Kurses vom Tage des Beginns der Nutzniessung würde der Spekulation förderlich sein. Denn ein unredlicher Nutzniesser könnte bei Steigen des Kurses die Titel verkaufen und dadurch einen Gewinn erzielen, da er ja nur nach Massgabe des Kurses bei Bestellung der Nutzniessung Ersatz zu leisten hätte²⁷⁵. Allerdings müssten u. E. bei einem solchen Vorgehen des Nutzniessers die Normen des Strafrechts auf ihre Anwendbarkeit geprüft werden.

IV. Die Fälligkeit des Anspruchs auf Schadenersatz

Der Anspruch des Eigentümers auf Ersatz wird erst mit dem Ende der Nutzniessung fällig und verjährt mit Ablauf eines Jahres seit der Rückleistung (ZGB 754).

274) Breitenstein 111/112

275) ders. 112

3. Abschnitt

Die Rechtsstellung des aus dem Wertpapier Verpflichteten

§ 19. Die Leistung und die Einreden des Verpflichteten

I. Die Leistung

Die Rechtsstellung des Verpflichteten hängt davon ab, welche Art von Wertpapieren vorliegen und auf welche Weise die Nutzniessung bestellt worden ist. Wie wir bei der Behandlung der Bestellung der Nutzniessung gesehen haben, geht in allen Fällen, wo das Nutzniessungsverhältnis nicht aus der Übertragungsform ersichtlich ist, die formelle Legitimation weiter als die materielle Berechtigung. Der redliche Verpflichtete darf sich aber, bei den Wertpapieren öffentlichen Glaubens zumindest, auf den Anschein des Rechts verlassen. Es fragt sich daher, wann die Leistung des Verpflichteten mit befreiender Wirkung erfolgt.

Kann der Verpflichtete das Nutzniessungsverhältnis aus dem Wertpapier erkennen, so darf er nur an Nutzniesser und Besteller gemeinsam gegen Auslieferung der Papiere leisten (ZGB 774 I). Dabei ist anzunehmen, dass er eine von beiden unterzeichnete Quittung verlangen kann²⁷⁶. Ausgenommen von dieser Regel ist natürlich der Fall, wo der Eigentümer oder der Nutzniesser die Vollmacht besitzt, Zahlungen allein entgegenzunehmen. Die Vollmacht muss ebenfalls ausgeliefert werden. Ist keine vorhanden, so kommen beide in Annahmeverzug (OR 91 ff.). Der Schuldner kann in diesem Fall hinterlegen²⁷⁷.

Ist dagegen der Nutzniesser wie ein Eigentümer ausgewiesen, so kann sich der Verpflichtete durch Leistung an ihn befreien (OR 966 II). Die Leistung hat nur dann keine befreiende Wirkung, wenn sie arglistig oder grob fahrlässig vorgenommen wird. Der Verpflichtete darf sich also keine Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zuschulden kommen lassen. Arglist liegt dann vor, wenn der Schuldner die Nichtberechtigung des Ansprechers kennt und ausserdem imstande wäre, dessen Nichtberechtigung im Prozess nachzuweisen²⁷⁸. Diese enge Bedeutung der Arglist rechtfertigt sich jedoch nur bei Ordre- und vollkommenen Inhaber-

276) vgl. Beeler 146

277) vgl. ders. a. a. O.

278) Jäggi Art. 966 N 150, Ulmer 231/232

papieren, d. h. bei Urkunden, bei denen sich der Schuldner verpflichtet, den vollegitimierten Vorweiser als Gläubiger anzuerkennen²⁷⁹. Bei Namenpapieren gehört das Merkmal der liquiden Nachweisbarkeit der Nichtberechtigung nicht zum Begriff der Arglist. Der Verpflichtete aus einer solchen Urkunde kann denn auch keinen vernünftigen Grund haben, trotz Kenntnis der Nichtberechtigung zu zahlen²⁸⁰.

Ein besonderer Fall von Kenntnis der Nichtberechtigung liegt dann vor, wenn dem Schuldner die Nutzniessung angezeigt worden ist. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, der Verpflichtete habe solche Anzeigen nicht zu beachten²⁸¹. Diese Auffassung geht jedoch, wie Jäggi zutreffend feststellt²⁸², zu weit, wenn sie auch für Namenpapiere vertreten wird. Sie beruht lediglich auf theoretischen Überlegungen und wird den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs in keiner Weise gerecht.

Der Schuldner wird ebenfalls nicht befreit, wenn er grob fahrlässig leistet (OR 966 II). Grobe Fahrlässigkeit ist dann vorhanden, wenn er zwar die Unrichtigkeit des Gläubigerausweises nicht kennt, aber bei notwendiger Aufmerksamkeit hätte erkennen können²⁸³.

Bei Inhaberpapieren kann und muss also der gutgläubige Verpflichtete an den präsentierenden Inhaber leisten. Jener ist nicht verpflichtet, die wirkliche Berechtigung des Ansprechers zu prüfen. Dasselbe gilt auch bei Ordrepapieren. Allerdings obliegt hier dem Schuldner noch eine besondere Prüfungspflicht. Er hat gemäss OR 1030 III „die Ordnungsmässigkeit der Reihe der Indossamente“ zu untersuchen (OR 1006). Hingegen hat er die Indossamente nicht auf ihre Echtheit zu prüfen. Bei Bestreitung des formellen Rechts des Ansprechers muss er den Beweis erbringen²⁸⁴.

Bei Namenpapieren kommt es jedoch nicht allein auf den formellen Ausweis, sondern auch auf das materielle Recht an. Nach OR 966 II wird der Schuldner befreit, wenn er bei Verfall an den durch die Urkunde ausgewiesenen Gläubiger leistet. Dazu sagt der Gesetzgeber in OR 975, dass der Schuldner mit befreiender Wirkung nur an die Person leisten könne, auf welche die Urkunde lautet oder die sich als Rechtsnachfolger der Person ausweist. Es geht daraus hervor, dass auch der gutgläubige Verpflichtete nicht frei wird, wenn er sich nur auf die formelle Legitimation verlässt. Doch muss u. E. mit Beeler²⁸⁵ angenommen werden, dass der redliche Schuldner auch an den wie ein Gläubiger ausgewiesenen Nutzniesser, Pfandgläubiger, usw. mit befreiender Wirkung leisten kann, „denn die zu ihren Gunsten lautende, schriftliche Erklärung ist echt, lässt sie demnach als Gläubiger erscheinen“. Der Verpflichtete

279) Jäggi a. a. O.

280) ders. a. a. O.

281) vgl. Beeler 166, Bruderer 126 ff

282) a. a. O. N 152

283) vgl. Jäggi a. a. O. N 153, Beeler 151

284) vgl. im einzelnen Beeler 161 ff, Ulmer 230 ff

285) 166

hat jedoch die Ordnungsmässigkeit und Echtheit sämtlicher Abtretungserklärungen zu prüfen. Wie bei Inhaber- und Ordrepapieren erfolgt keine Befreiung bei Kenntnis der Nichtberechtigung oder grob fahrlässiger Unkenntnis. Dagegen muss hier nicht der Schuldner in der Lage sein, den Rechtsmangel zu beweisen, sondern es ist im Streitfalle Sache des Ansprechers, den Beweis seiner Berechtigung zu erbringen. Wenn daher der Schuldner den Rechtsmangel kennt, ist ihm stets die Verweigerung der Leistung zuzumuten²⁸⁶.

Der aus einem hinkenden Inhaberpapier Verpflichtete kann, sofern er gutgläubig ist, mit befreiender Wirkung an den Inhaber leisten. Jedoch ist er nicht zur Zahlung verpflichtet, sondern darf den Nachweis der Berechtigung des Inhabers verlangen. Er muss diesen Nachweis fordern, wenn er weiss, dass der Inhaber nicht berechtigt ist (OR 976).

II. Die Einreden

Bei allen Wertpapierkategorien kann der Verpflichtete die Einreden erheben, die gegen die Gültigkeit der Urkunde selbst gerichtet sind oder aus deren Text hervorgehen, wie z. B. wegen Fälschung der Urkunde, Verjährung usw.²⁸⁷. Ebenso stehen ihm die Einreden zu, die er gegen den jeweiligen Ansprecher persönlich vorbringen kann (OR 979, 1007, ZGB 872). An solchen Einreden sind etwa zu nennen: Bösgläubigkeit, Mängel im Grundgeschäft, wie Willensmängel usw. Bei Namenpapieren sind persönliche Einreden gegen alle Vormänner zulässig.

Sind Wertpapiere öffentlichen Glaubens der Nutzniessung unterstellt, so kann der Verpflichtete Einreden, die ihm gegenüber dem Nutzniessungsbesteller persönlich zustehen, nur dann dem Nutzniesser entgegensetzen, wenn er das Nutzniessungsverhältnis aufdeckt und den bösen Glauben des Nutzniessers nachweist²⁸⁸. Ist das Nutzniessungsverhältnis aus dem Papier ersichtlich, so kann der Verpflichtete dem Nutzniesser natürlich immer die Einrede entgegenhalten, er sei nur Nutzniesser und nicht Eigentümer²⁸⁹.

286) Ulmer 96/97, Jäggi Art. 966 N 152

287) vgl. Beeler 153 ff.

288) Leemann Art. 774 N 22, Jacobi 494

289) vgl. Hacker 197

III. Kapitel:

Die Beendigung der Nutzniessung an Wertpapieren

§ 20. Die Untergangsgründe

I. Allgemeines

Die Gründe und Voraussetzungen, die zum Untergang der Nutzniessung führen, sind je nach Art des Nutzniessungsgegenstandes verschieden. In allen Fällen bewirkt jedoch der Untergang des Nutzniessungsobjektes das Ende des Niessbrauchs (ZGB 748 I).

II. Die einzelnen Untergangsgründe

Die Nutzniessung an Wertpapieren findet demnach ihr Ende durch

A. den Untergang des Wertpapierrechts.

Die enge Verknüpfung von Recht und Papier bringt es mit sich, dass das Recht aus einem Wertpapier sowohl durch Untergang des Rechts als auch des Papiers als solchem erlöschen kann. „Das verbriefte Recht unterliegt grundsätzlich denselben seiner Art eigentümlichen Veränderungen, wie wenn es unverbrieft wäre“²⁹⁰. Wir können daher auf die Tatsachen hinweisen, die allgemein ein Recht untergehen lassen, wie z. B. Erfüllung, Leistung an Erfüllungstatt, Hinterlegung, Erlass bei Forderungsrechten, Kaduzierung bei Aktienrechten, gutgläubiger Erwerb durch Dritte. Die Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerschaft lässt dagegen die Nutzniessung nicht untergehen. Aus OR 118 III, in Verbindung mit OR 967 ff., 1004 ff., 1098, 1108 ff., 1114/7, 1152 lässt sich schliessen, dass die Konfusion bei Wertpapieren nur ein vorübergehender Zustand ist, während dessen Dauer das verbriefte Recht nicht untergeht, sondern nur ruht²⁹¹. Damit erlischt auch die Nutzniessung daran nicht. Wenn der Verpflichtete zugleich Nutzniesser wird, bewirkt dies ebensowenig das Ende der Nutzniessung²⁹². Einfluss auf das Bestehen des Niessbrauchs hat nämlich nur der Fall, wo sich Nutzniessung und Eigentum in einer Person vereinigen. Das kann nur dadurch geschehen, dass der Niessbraucher das Eigentum erwirbt, da ja die Nutzniessung unübertragbar ist²⁹³.

290) Locher 51

291) Beeler 169/170, v. Tuhr/Siegwart 2. Hbd. 633

292) Leemann Art. 774 N 15

293) Breitenstein 135

Das verbriefte Recht erlischt durch Untergang der Urkunde, wenn sie in Tilgungsabsicht vernichtet worden ist (ZGB 870) ²⁹⁴. In den meisten Fällen bedeutet jedoch Papierverlust nicht auch Rechtsverlust. Wird nämlich ein Wertpapier vermisst, so kann dessen Kraftloserklärung verlangt werden (OR 971 ff.). Sowohl der Eigentümer als auch der Nutzniesser sind befugt, das Amortisationsbegehren zu stellen (OR 971 II) ²⁹⁵. Das verbriefte Recht wird durch die Kraftloserklärung nicht berührt, zerstört wird nur der Rechtsschein der alten Urkunde ²⁹⁶. Die Nutzniessung lebt an den Ersatzstücken der amortisierten Wertpapieren wieder auf. Jedoch ist der Eigentümer nicht verpflichtet, den untergegangenen Gegenstand wieder herzustellen (ZGB 750 I).

B. Zeitablauf

Als weiteren Untergangsgrund nennt ZGB 748 II den Zeitablauf. Das bedeutet, dass die Nutzniessung spätestens, soweit eine solche zeitliche Beschränkung getroffen worden ist, mit dem Eintritt des festgesetzten Termins erlischt. Eine derartige Bestimmung schliesst jedoch die Möglichkeit nicht aus, dass der Untergang schon vor dem Erreichen des Endtermins durch Tod, Verzicht usw. herbeigeführt werden kann ²⁹⁷.

C. Verzicht

Der Nutzniesser kann sein Recht zum Untergang bringen, indem er darauf verzichtet. Der Verzicht, der an keine bestimmte Form gebunden ist, bewirkt auch dann das Erlöschen des Nutzniessungsrechts, wenn die Ausübung einem Dritten überlassen ist. Natürlich kann eine einseitige Verzichtserklärung des Eigentümers den Niessbrauch nicht zum Untergang bringen. Der Verzicht kann jedoch seitens des Nutzniessers auch stillschweigend, durch konkludentes Handeln erfolgen. So wird man es als einen Verzicht zu betrachten haben, wenn der Nutzniesser die belasteten Wertpapiere dem Eigentümer zurückgibt ²⁹⁸.

D. Tod des Berechtigten, Untergang der Rechtspersönlichkeit

Die Nutzniessung geht mit dem Tode des Berechtigten unter, denn sie ist unvererblich. Es ist aber gestattet, die Nutzniessung zugunsten mehrerer, im Moment der Bestellung bereits lebender Personen zu be-

294) Beeler 170

295) ders. 173

296) ders. a. a. O.

297) Breitenstein 130

298) Leemann Art. 748 N 3

stellen, und zwar so, dass der Niessbrauch beim Tode des ersten Berechtigten auf den zweiten übergeht, usw. Beim Ableben des letzten Niessbrauchers erlischt er. Da zur Zeit der Bestellung alle Begünstigten gelebt haben müssen, ist es auch hier nicht möglich, die Nutzniessung über ein Menschenleben auszudehnen ²⁹⁹.

Tritt eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts als Nutzniesserin auf, so endigt das Niessbrauchsrecht mit dem Zeitpunkt der Auflösung des Rechtsträgers, spätestens aber hundert Jahre nach der Bestellung (ZGB 749 I/II). Auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften müssen hier als juristische Personen behandelt werden, denn sie können unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (OR 562, 602) ³⁰⁰. Die Auflösung einer Gesellschaft durch Fusion oder die Umwandlung der Gesellschaftsform zieht u. E. nicht auch den Untergang der Nutzniessung nach sich. Dies dürfte dem Rechtsgedanken des Art. 749 eher entsprechen ³⁰¹.

E. Resolutivbedingung

Sie kann ebenfalls das Ende des Niessbrauchs herbeiführen (OR 154 ff.) ³⁰².

F. Richterliches Urteil

Wenn das der Nutzniessungsbestellung zugrunde liegende Kausalgeschäft wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Furchterregung innert Jahresfrist nach Aufdeckung des Mangels angefochten wird, so kann die Nutzniessung durch richterliches Urteil aufgehoben werden. Die erfolgreiche Anfechtung bewirkt rückwirkend den Untergang der Nutzniessung ³⁰³.

G. Umwandlung in eine Rente

Es ist ein Sonderrecht des überlebenden Ehegatten, anstelle der Nutzniessung eine Rente in entsprechender Höhe zu verlangen (ZGB 463) und damit die Nutzniessung untergehen zu lassen ³⁰⁴.

299) Leemann Art. 749 N 3, Rossel/ Mentha 33, Breitenstein 128

300) ebenso Karnbach 47/48

301) ebenso Wieland Art. 749 Bem 1, Leemann Art. 749 N 7; a. A. Karnbach 48

302) Leemann Art. 748 N 2

303) vgl. Rothmund 62, Karnbach 49

304) vgl. Escher zu Art. 463

§ 21. Die Rechtsfolgen der Beendigung

I. Allgemeines

In allen genannten Fällen endigt die Nutzniessung mit dem Eintritt des Untergangsgrundes von selbst. Art. 743 I des Vorentwurfes sagte dies ausdrücklich. Aus der Sondervorschrift des Art. 748 II geht hervor, dass der im Vorentwurf ausgesprochene Gedanke auch im ZGB Gültigkeit behalten hat³⁰⁵.

II. Die Restitutionspflicht

Mit Beendigung der Nutzniessung wird der Niessbraucher aus dem Legalschuldverhältnis verpflichtet, den Gegenstand des Ususfruktes zurückzugeben (ZGB 751). Der persönliche Anspruch steht demjenigen zu, der im Zeitpunkt der Beendigung Eigentümer der Wertpapiere ist. Der Anspruch richtet sich gegen den gewesenen Nutzniesser oder dessen Erben³⁰⁶. Die Rückgabepflicht entfällt allerdings, wenn die Beendigung der Nutzniessung wegen Untergangs des Objektes oder Konsolidation erfolgt ist.

Der Eigentümer kann seinen Anspruch auf Rückgabe mittels einer persönlichen Klage auf Grund des Legalschuldverhältnisses durchsetzen. Er hat dabei nur zu beweisen, dass die beanspruchten Titel dem Beklagten zu Nutzniessung übertragen worden sind. Dieser Beweis sollte ihm leicht fallen, besonders dann, wenn ein Inventar vorliegt. Daneben muss aber auch die Eigentumsklage zum Ziele führen³⁰⁷.

Wie die Restitution zu erfolgen hat, richtet sich im einzelnen nach der Natur der Wertpapiere, sowie der Art der Nutzniessungsbestellung.

Sind Inhaberpapiere oder blankoindossierte Ordrepapiere, die sich im Alleinbesitz des Nutzniessers befinden, Gegenstand der Nutzniessung, so genügt es, die Papiere zurückzugeben. Sind Eigentümer und Nutzniesser Mitbesitzer der belasteten Titel, so ist zur Restitution die Aufgabe des Mitbesitzes seitens des Nutzniessers nötig. Bei Hinterlegung ist er verpflichtet, der Hinterlegungsstelle mitzuteilen, der Eigentümer könne nunmehr allein die Papiere herausverlangen³⁰⁸.

Ordrepapiere, an denen die Nutzniessung mittels Vollindossaments bestellt worden ist, müssen ebenfalls zurückgegeben werden. Um dem Eigentümer aber auch wieder die Legitimation zu verschaffen, muss der Nutzniesser die Papiere zudem zurückindossieren oder das letzte Indossament durchstreichen. Ist ein Ordrepapier mit einem Niessbrauchsindoss-

305) Wieland Art. 748 Bem 2, Leemann Art. 748 N 3

306) Leemann Art. 751 N 1

307) vgl. Breitenstein 99

308) ders. a. a. O.

sament versehen, so genügt zur Restitution die Rückgabe der Urkunde, verbunden mit der Durchstreichung des Indossaments³⁰⁹. Der im Aktienbuch eingetragene Nutzniesser hat die Umschreibung auf den Namen des Eigentümers zu erwirken³¹⁰.

Ist die Nutzniessung durch besondere Urkunde bestellt worden, was insbesondere bei Namenpapieren vorkommen wird, so hat der Nutzniesser auch jene zurückzuerstatten. Wenn die Urkunde vernichtet worden oder abhanden gekommen ist, so wird der Eigentümer vom Nutzniesser eine schriftliche Erklärung über die Beendigung der Nutzniessung verlangen dürfen³¹¹. Bei vinkulierten Aktien ist ausser der Rückgabe der Urkunde auch die Genehmigung der Gesellschaft erforderlich³¹².

Neben der Haupturkunde müssen dem Eigentümer auch Erneuerungsscheine und in der Regel auch Zins- und Dividendenscheine zurückgegeben werden. Was die Zinsscheine anbetrifft, so hat der Nutzniesser alle noch nicht fälligen zurückzuerstatten. Über die Frage, ob auch sämtliche noch nicht fälligen Dividendencoupons zu restituieren sind, gehen die Meinungen auseinander. Hacker³¹³ will schlechthin alle noch nicht fälligen Coupons zurückgeben. Demgegenüber räumt Weider³¹⁴ dem Nutzniesser dann das Recht ein, die Gewinnanteilscheine zurückzubehalten, wenn die in ihnen verbrieften Dividendenforderung zwar noch nicht fällig, hingegen durch ordnungsmässigen Beschluss der Generalversammlung schon festgestellt worden ist. Das Recht auf einen Gewinnanteil verwandelt sich ja schon im Moment der Festsetzung des Reingewinns in ein selbständiges Gläubigerrecht des Nutzniessers. Ebensowenig hat der Niessbraucher, nach der Auffassung Weiders³¹⁵, die Dividendencoupons zurückzuerstatten, wenn zur Zeit der Beendigung der Nutzniessung das Geschäftsjahr, für welches der Anteil ausbezahlt werden soll, bereits abgelaufen ist. Es darf dabei keine Rolle spielen, ob der Dividendenbeschluss der Generalversammlung noch aussteht. Trotzdem das Gewinnanteilsrecht hier noch keine selbständige Befugnis ist, kann u. E. der Meinung Weiders beigegeben werden, denn in einem derartigen Falle kommt doch dem Nutzniesser der in Frage stehende Gewinnanteil ganz zu. Praktisch wäre es auch sehr umständlich, müsste der Niessbraucher den Dividendencoupons zuerst dem Eigentümer zurückgeben, dieser dann die Scheine einlösen und jener wiederum den Anteil vom Eigentümer zurückfordern. Zusammenfassend stellen wir fest, dass sich die Rückerstattungspflicht nur auf solche Dividendencoupons erstreckt, die sich auf Geschäftsperioden beziehen, die bei Niessbrauchsbeendigung noch nicht abgelaufen sind.

309) vgl. Weider 80, Pfefferkorn 32/33, Hacker 89

310) vgl. hinten S. 62 f, Liebermann 68

311) Weider 31

312) Liebermann 69

313) 90

314) 81

315) a. a. O.

Für den Anspruch auf Restitution gilt eine Verjährungsfrist von zehn Jahren vom Zeitpunkt des Untergangs der Nutzniessung an gerechnet ³¹⁶.

III. Die übrigen Rechtsfolgen

Unterlagen die Wertpapiere einer uneigentlichen Nutzniessung nach ZGB 775, so wird mit deren Beendigung der Anspruch auf Wertersatz fällig (ZGB 775 II). Gegebenenfalls kann der Eigentümer die geleisteten Sicherheiten beanspruchen (ZGB 775 II, 760) ³¹⁷.

Das Ende des Ususfruktes bewirkt weiterhin die Fälligkeit von all-fälligen Gegenansprüchen des Nutzniessers für Verwendungen (ZGB 753 I, 754) ³¹⁸. Gleichfalls wird die Schadenersatzforderung des Eigentümers fällig (ZGB 752) ³¹⁹.

316) Leemann Art. 751 N 7

317) vgl. vorn S. 44

318) vgl. vorn S. 39 ff

319) vgl. vorn S. 50 ff

SPEZIELLER TEIL

Die Nutzniessung an Aktien

§ 22. Die Besonderheiten der Nutzniessung an Aktien

I. Allgemeines

Besondere Probleme stellen sich bei dem praktisch wichtigen Fall der Nutzniessung an Wertpapieren: bei der Nutzniessung an Aktien. Diese Eigentümlichkeiten liegen in der Natur der Aktien begründet. Es ist deshalb unsere erste Aufgabe, die Eigenschaften der Aktien zu betrachten.

II. Die Natur der Aktien

Die Aktien — im Sinne von Aktientitel (OR 622 V) — sind Urkunden, in denen die Aktiengesellschaft dem Aktionär die Mitgliedschaft in bestimmter Form bescheinigt³²⁰. Aus der Mitgliedschaft fliessen Einzelrechte, die sich in Vermögens- und Herrschaftsrechte einteilen lassen. Als Vermögensrechte erscheinen z. B. das Recht auf die Dividende und den Liquidationserlös, das Bezugsrecht, das Recht auf Benutzung von Gesellschaftseinrichtungen. Stimmrecht, Kontrollrecht, Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen usw. stellen Herrschaftsrechte dar³²¹.

Die einzelnen Mitgliedschaftsrechte sind wertpapiermässig in der Aktie verbrieft³²². Die Aktien können auf den Namen oder auf den Inhaber lauten (OR 622 I) und stellen Inhaber-, Ordre- oder Namenpapiere dar. Inhaber- und gewöhnliche Namenaktien, welche letztere übrigens gesetzliche Ordrepapiere sind³²³, gehören zu den Wertpapieren öffentlichen Glaubens. Das hat, wie wir gesehen haben, zur Folge, dass die Einreden des Schuldners, mit denen er eine Leistung trotz Legitimation des Vorweisers verweigern könnte, stark beschränkt sind³²⁴. So sind gegenüber dem gutgläubigen Erwerber alle sachlichen Einwendungen, die nicht aus der Urkunde hervorgehen, ausgeschlossen. Ebenso stehen dem Schuldner

320) vgl. Jäggi Art. 965 N 279

321) vgl. Beeler 184, Guhl 469 ff

322) vgl. OR 684 II, 891; 965, aber auch 685 IV; Jäggi a. a. O., Siegwart Art. 622 N 64

323) OR 684 II, Siegwart Art. 622 N 72, Beeler 202

324) Dörig 10

keine Einreden zu, die sich auf das Verhältnis zu Vormännern des Vorweisers beziehen³²⁵. Allerdings sind nun bei den Aktien folgende Besonderheiten zu beachten: Das Bestehen von Aktienurkunden ist weder für die Entstehung, noch für die Geltendmachung, noch für die Übertragung der Mitgliedschaft unbedingt erforderlich³²⁶. Der Zeichner erwirbt die Mitgliedschaft schon durch Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister, die wertpapiermässige Verkörperung der Mitgliedschaft erfolgt hingegen erst im Moment, wo das Papier in seine Hand gelangt. Kommt die Urkunde gegen den Willen der Gesellschaft in Umlauf, so kann sie auch dem gutgläubigen Erwerber keinerlei Rechte verschaffen³²⁷. Die Aktien werden deshalb als deklaratorische Wertpapiere bezeichnet³²⁸. Im Gegensatz dazu stehen die konstitutiven Wertpapiere, d. h. Urkunden, die schon zur Entstehung des Rechts nötig sind.

Eine weitere Besonderheit der Aktientitel liegt in ihrem kausalen Charakter. Die Aufnahme der causa in die Urkunde führt zu einer Beschränkung des öffentlichen Glaubens, indem „alle zukünftigen — auch gutgläubigen — Erwerber gemäss Urkunden-Wortlaut den Einreden aus dem Grundgeschäft ausgesetzt bleiben“³²⁹. Widerspricht also der Inhalt des Titels den Statuten³³⁰ oder gültigen Beschlüssen, so muss sich auch der Gutgläubige letztere entgegenhalten lassen³³¹.

Die Übertragung der Inhaberaktien und gewöhnlichen Namenaktien erfolgt nach den für vollkommene Inhaber- und Ordrepapiere geltenden Grundsätzen (OR 967). Die Übertragbarkeit von Namenaktien kann allerdings durch die Statuten beschränkt, so namentlich von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig sein (OR 627 Ziff. 8, 684 I). Es ist nun fraglich, ob die Namenaktie durch die Vinkulierung den Charakter eines gesetzlichen Ordrepapiers behält oder zum Rektapapier wird. Den Bestimmungen des OR ist darüber nichts zu entnehmen. Man hat daher u. E. zu untersuchen, ob die Wesensmerkmale des Ordrepapiers auch bei der vinkulierten Aktie noch vorhanden sind. Als wesentliche Grundlage des Ordrepapiers erscheint die Transportfunktion des Indossaments³³². Das Indossament überträgt in Verbindung mit der Übergabe des Titels das Eigentum und die Mitgliedschaft. Bei vinkulierten Namenaktien hingegen ist das Indossament zur Übertragung nicht ausreichend. Ausser der Übergabe des indossierten Titels bedarf es noch der Zustimmung der Gesellschaft. Dem Indossament fehlt deshalb die Transportfunktion, denn es vermag nicht alle Rechte aus dem Papier zu übertragen³³³. Die Berech-

325) vgl. Dörig a. a. O. und 52/53, Bruderer 137

326) Siegwart a. a. O. N 40, BGE 48 II 402

327) ders. a. a. O. N 68

328) ders. a. a. O. N 65

329) Dörig 53

330) BLHE 10, 181

331) anders OR 979 I; 1146 I; Siegwart Art. 622 N 71

332) vgl. Pestalozzi 182/183

333) Pestalozzi 183

tigung der Aktiengesellschaft, einen Rechtsnachfolger des bisherigen Aktionärs als Mitglied zurückzuweisen, ist offensichtlich mit dem gesetzlichen Begriffe des Ordrepapiers gemäss OR 1145 unvereinbar. Sie steht im direkten Gegensatz zu einer Verpflichtung an Ordre³³⁴. Mit der Verpflichtung an Ordre verspricht ja der Schuldner, „jeden äusserlich legitimierten Papierbesitzer als Gläubiger anerkennen zu wollen“³³⁵. Die Vinkulierung enthält daher eine negative Ordreklausel. Die vinkulierte Namenaktie stellt folglich ein Rektapapier (Namenpapier) dar³³⁶.

Ist die Übertragung von Namenaktien verboten, so stellt sich die Frage, ob dann überhaupt noch Wertpapiere vorliegen. U. E. handelt es sich bei solchen Papieren immer noch um Rektaaktien, denn ihre Übertragung darf nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Vorbehalten sind die Art. 686 IV und 648 II OR. So bleiben z. B. beim Erbgang, beim Freihandverkauf in der Zwangsvollstreckung, beim Übergang in Erfüllung des Kaufrechts nach OR 686 IV und nach OR 648 II die Wertpapiereigenschaften der Rektapapiere von Bedeutung³³⁷. Auf Grund dieser Ausnahmen vom Verbot der Übertragung muss es auch möglich sein, dass eine Nutzniessung an unübertragbaren Namenaktien entsteht. Es ist dabei namentlich an die Fälle der gesetzlichen Nutzniessung nach Art. 460 II/III und 462 ZGB zu denken.

III. Die Legitimation gegenüber der Gesellschaft

Was die Legitimation gegenüber der Gesellschaft anbetrifft, gilt für die Inhaberaktien das Gleiche wie für andere Inhaberpapiere. Es besteht die Vermutung, dass der Inhaber auch berechtigt sei, die verbrieften Rechte auszuüben. Die Legitimationswirkung der auf den Namen lautenden Aktien erfährt jedoch eine Einschränkung. Der Grund dafür ist in dem von der Gesellschaft geführten Aktienbuch zu suchen. Nach OR 685 IV wird im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär betrachtet, wer im Aktienbuch eingetragen ist. Der Bucheintrag legitimiert also den Aktionär in erster Linie³³⁸. Gegenüber Dritten bleibt die Legitimationskraft des Ordrepapiers bestehen.

Die Eintragung ins Aktienbuch hat keine rechtliche Wirkung auf die Begründung der Nutzniessung, d. h. die Bestellung der Nutzniessung ist in keiner Weise davon abhängig, ob der Eigentümer im Aktienbuch eingetragen ist oder nicht³³⁹. Die Eintragung hat überhaupt keinen Ein-

334) Wieland A. SAG 18, 181/182

335) ders. a. a. O. 182, Pestalozzi 184

336) ebenso Bruderer 57, Pestalozzi a. a. O., Wieland A. Aktienbuch 47, ders. SAG 18, 182/185 und SAG 19, 120; Contat 55; a. A. Flattet 164, Schucany 179, v. Steiger 157, Lanz 99, Bürgi Festgabe 210, Brunner 77, Beeler 209

337) vgl. Pestalozzi 186; a. A. Beeler 210

338) vgl. Ulmer 88

339) Lehmann 99 ff, Jacobi 216, Hacker 59, Fischer 156

fluss auf die materielle Rechtslage. Es bedarf aber einer nähern Prüfung der Frage, ob der Nutzniesser einer Namenaktie sich in das Aktienbuch eintragen lassen kann und darf. Der Nutzniesser hat u. E., ausser mit Zustimmung des Eigentümers, kein Recht, seinen Namen in das Aktienbuch eintragen zu lassen³⁴⁰. Damit würde er sich mehr Rechte verschaffen, als ihm auf Grund des Niessbrauchsverhältnisses zustehen. Ist der Nutzniesser formell als Eigentümer legitimiert, so kann er von der Gesellschaft allerdings verlangen, dass er eingetragen werde. Denn damit ist der „Ausweis über die formrichtige Übertragung der Aktie“ vorhanden (OR 685 II)³⁴¹. Der Nutzniesser erlangt in diesem Fall der Gesellschaft gegenüber alle Rechte eines Aktionärs (OR 685 IV). Dass der Eingetragene auch Aktionär sei, wird jedoch nur vermutet³⁴². Der wahre Eigentümer ist daher in der Lage, gegebenenfalls durch Darlegung seines bessern Rechts die Vermutung umzustossen. Trotz Fehlens des Eintrags muss es dann dem Eigentümer gestattet sein, seine Aktionärrechte auszuüben. Eine Verweigerung seitens der Gesellschaft würde u. U. gegen OR 646 verstossen³⁴³. Lässt der Eigentümer die Eintragung des volllegitimierten Nutzniessers nicht zu, so kann sich dieser zur Teilnahme an der Generalversammlung (OR 690 II)³⁴⁴ eine generelle Vertretungsvollmacht geben lassen³⁴⁵.

Wenn das Nutzniessungsverhältnis nach aussen erkennbar ist, besitzt der Nutzniesser keine Möglichkeit, von der Gesellschaft die Eintragung seines Namens zu fordern. Der Beweis der Übertragung des Rechts im Sinne von OR 685 II kann nicht erbracht werden. Ebenso wenig muss die Gesellschaft ihn als Nutzniesser vermerken, denn sie darf sich darauf berufen, „dass das Aktienbuch nur für den Eintrag vollberechtigter Mitgliedschaft vorgesehen ist“³⁴⁶ und keine Abteilung für Belastungen des Aktienrechts aufweist³⁴⁷.

Wie kann nun aber der Nutzniesser die ihm zustehenden Rechte gegenüber der Gesellschaft geltend machen? Diese Frage kann u. E. nur so gelöst werden, wie schon Pfefferkorn festgestellt hat³⁴⁸, dass die Gesellschaft den Nutzniesser auf Grund seiner Legitimation aus dem Papier als Nutzniesser anerkennen muss. Wäre dies nicht der Fall, so ginge ja der Hauptwert der Bestellung mit Nutzniessungsvermerk verloren, nämlich die Rechtsstellung des Nutzniessers und des Eigentümers der Gesellschaft gegenüber zu offenbaren. Auch ohne Eintrag wird also die Gesellschaft dem so legitimierten Nutzniesser alle Rechte zugestehen

340) vgl. Chuard 128/129; a. A. Winkler 14, Pestalozzi 46

341) vgl. Hacker 80 ff, Jacobi 357

342) vgl. Lehmann 108 ff, v. Steiger 74; a. A. BGE 65 II 230, 69 II 316

343) vgl. BIZR 39, 219

344) vgl. hinten § 26

345) vgl. Wettstein 89

346) OR 685 I, SJZ 42, 69/70

347) Pfefferkorn 11, Hacker 83, Weider 24, Chuard 129; a. A. Pestalozzi 46

348) 12

müssen, die er auf Grund seiner materiellen Rechtsstellung besitzt³⁴⁹. Man erreicht dadurch das wünschenswerte Ziel, dass die formelle Berechtigung der materiellen entspricht.

Allerdings befreit sich die Gesellschaft durch Leistung an den Buchaktionär. Der Berechtigte kommt jedoch gleichwohl zu seinem Recht, denn er kann seine Rechte auf Grund des Nutzniessungsverhältnisses gegenüber dem Eigentümer, bzw. Nutzniesser geltend machen³⁵⁰.

IV. Zusammenfassung

Generell lässt sich sagen, dass die im allgemeinen Teil aufgestellten Regeln mit einigen Abweichungen auch auf die Nutzniessung an Aktien Anwendung finden. Das gilt sowohl in bezug auf die Bestellung, als auch den Inhalt und die Beendigung der Nutzniessung. Wir können uns deshalb hier auf die Behandlung der bei der Aktiennutzniessung auftauchenden Sonderfragen beschränken.

§ 23. Das Recht auf Dividenden, Bauzinse und Benutzung der Einrichtungen der Gesellschaft

I. Das Recht auf die Dividenden

Die mit dem Recht auf Dividende zusammenhängenden Fragen wurden bereits im allgemeinen Teil behandelt. Wir begnügen uns deshalb mit einem Hinweis auf die dort gemachten Ausführungen³⁵¹.

II. Das Recht auf die Bauzinse

Die Bauzinse bilden eine Ausnahme vom Grundsatz, dass eine Aktiengesellschaft feste Zinse weder zusichert noch ausbezahlt. Bauzinse sind Zinse von bestimmter Höhe, die den Aktionären für die Zeit, die Vorbereitung und Bau bis zum Anfang des vollen Betriebes erfordern, zu Lasten des Anlagekontos zugesichert werden können (OR 676)³⁵². Stehen diese Beträge dem Nutzniesser oder dem Eigentümer zu?

Es scheint auf den ersten Blick klar zu sein, dass Bauzinse, die ja die Dividenden während einer gewissen Periode ersetzen sollen, ebenfalls als Erträge der Aktien aufgefasst werden und daher dem Nutzniesser zukommen. Indessen bestreitet Pappenheim³⁵³, dass sie als Zinse im

349) Pfefferkorn a. a. O., Wettstein 89

350) vgl. SJZ 42, 70

351) vgl. vorn S. 18 ff und 60 ff

352) vgl. Bürgi Art. 675/676 N 1, v. Steiger 63 ff, Funk Art. 676 N 1

353) 210

Rechtssinne zu betrachten seien und daher Ertragnisse darstellen. Ihm entgegnet jedoch Weider³⁵⁴, dass die rechtliche Natur der Bauzinse nicht verändert werde, obwohl sie aus dem Stammkapital gezahlt würden. Denn wie Darlehenszinse echte Zinse blieben, auch wenn der Schuldner sie aus dem dargeliehenen Kapital entrichte, seien auch Bauzinse Zinse im Rechtssinne. Die Bauzinse kämen deshalb als Frucht des Aktienrechts dem Nutzniesser zu. Weider ist im Ergebnis durchaus beizupflichten³⁵⁵. Doch sind Bauzinse u. E. keine wirklichen Zinse, denn es fehlt am Hauptanspruch, bzw. an der Kapitalrückzahlungspflicht³⁵⁶. Tatsächlich oder wirtschaftlich werden sie jedoch wie Zinse behandelt³⁵⁷, was ebenfalls zur Folge hat, dass sie dem Nutzniesser zufallen.

Ungerechtfertigterweise und in bösem Glauben bezogene Dividenden oder Bauzinse muss der Aktionär zurückerstatten (OR 678). Die objektive Ungerechtfertigtheit einer Leistung begründet also noch keine Rückerstattungspflicht nach OR 678. Vielmehr muss noch das subjektive Erfordernis der Bösgläubigkeit vorhanden sein³⁵⁸. Ungerechtfertigt ist eine Leistung allgemein dann, wenn sie materiell-rechtlich unbegründet erfolgt. Bösgläubig ist nach OR 678 der Aktionär dann, wenn er „den Verstoss einer empfangenen Leistung gegen gesetzliche oder statutarische Bestimmungen über den Reingewinn und seine Verteilung oder gegen die Bauzinsvorschriften kennt oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen sollte“³⁵⁹. Da der Nutzniesser Empfänger der Dividenden und Bauzinse ist, ergibt sich das Problem, ob mit „Aktionär“ im Sinne von OR 678 nur der Eigentümer gemeint sei. Die herrschende Auffassung nimmt richtigerweise an, dass der Rückerstattungsanspruch nicht nur gegen den Aktionär, sondern grundsätzlich gegen den Inhaber des Dividendencoupons geht³⁶⁰. Fraglich ist jedoch noch, auf wessen guten Glauben es beim Empfange der Leistung ankommt, denjenigen des Eigentümers oder denjenigen des Niessbrauchers. U. E. kann hier nur die Gutgläubigkeit des Nutzniessers massgebend sein³⁶¹. Der Nutzniesser empfängt ja die Dividenden und Bauzinse kraft seines Nutzniessungsrechts. Er hat daher auch alle Vor- und Nachteile dieses Rechts zu vertreten³⁶². André³⁶³ erhebt dagegen Einwendungen, die jedoch in der Hauptsache darauf zurückzuführen sind, dass er das Stimmrecht nicht dem Nutzniesser

354) 35/36

355) ebenso Gierke 694 N 75, Lehmann 67 N 7, Hacker 62 ff, Pfefferkorn 17, Enneccerus/Kipp/Wolff 422, André 57, Soergel § 1069 Bem 3

356) vgl. v. Tuhr/Siegmund 63 N 14, Bürgi Art. 675/676 N 7, v. Steiger 65

357) Bürgi a. a. O.

358) ders. Art. 678 N 7

359) ders. a. a. O. N 13

360) ders. a. a. O. N 42, Staub § 217 Bem 1, Pfefferkorn 16

361) vgl. Hacker 74, Wolff 20 N 24, Pfefferkorn 16; a. A. Weider 34, André 117

362) Pfefferkorn a. a. O.

363) a. a. O.

zugesteht. Dadurch ist die Person, welche die Erträge einkassiert mit derjenigen, welche sie beschliesst nicht identisch. Wenn also z. B. der Eigentümer bei der Festsetzung des zu verteilenden Gewinnes bösgläubig war, der Nutzniesser beim Empfang des Anteils aber gutgläubig, so müsste der Nutzniesser nicht restituieren. Diese Härte fällt nach dem revidierten OR weg, das dem Nutzniesser das Stimmrecht ausdrücklich zuschreibt (OR 690 II). Wir können also der zuerst genannten Auffassung bedenkenlos zustimmen.

III. Das Recht auf Benutzung der Einrichtungen der Gesellschaft

Die Statuten können den Aktionären die freie Benutzung gewisser Anlagen der Gesellschaft einräumen. Auch solche Vergünstigungen müssen als Erträgnisse angesehen und folglich dem Nutzniesser zugeschrieben werden ³⁶⁴. Man kann dies umso unbedenklicher tun, als die Benutzungsrechte vielfach wahlweise neben der Dividende gewährt werden und diese dann herabsetzen oder ganz an ihre Stelle treten (Naturaldividenden) ³⁶⁵.

§ 24. Das Bezugsrecht

I. Das Problem

Als weiteres Vermögensrecht des Aktionärs kommt das Bezugsrecht bei Neuausgabe von Aktien einer bestehenden Gesellschaft in Betracht. Es besteht auf Grund von OR 652, kann jedoch durch Statuten oder Generalversammlungsbeschluss ausgeschlossen werden.

Wenn die Aktien mit Nutzniessung belastet sind, stellt sich wiederum die Frage, ob der Eigentümer oder der Nutzniesser zum Bezuge der neuen Aktien berechtigt ist. In der Literatur werden diesbezüglich verschiedene Auffassungen vertreten, die im folgenden zu prüfen sind.

II. Das Bezugsrecht auf neue Aktien

Nach der einen Ansicht, vertreten durch Meili ³⁶⁶, steht das Bezugsrecht ausschliesslich dem Nutzniesser zu. Meili gelangt zu diesem Standpunkt, indem er die Frage vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus betrachtet. Die Neuemission der Aktien sieht er als das Ergebnis eines wirtschaftlich günstigen Erfolges der Gesellschaft an, und die Vorzugs-

364) ebenso Gierke 694 N 75, Lehmann 67 N 7, Hacker 72, Weider 36; a. A. Pappenheim 210 f

365) Weider a. a. O.

366) Holdheim 9, 4 ff

berechtigung des Aktionärs auf Zeichnung der neuen Titel ist für ihn die zivile Frucht einer längern Geschäftsperiode. Die wirtschaftlichen Früchte irgendwelcher Art müssten aber dem Nutzniesser zustehen. Das Recht des Eigentümers auf das Kapital bleibe dabei intakt³⁶⁷. Diese Begründung entbehrt jedoch der Stichhaltigkeit, wie auch Oertli³⁶⁸ bemerkt. Betrachtet man nämlich das Bezugsrecht als eine Frucht, so müsste nach dieser Theorie auch eine Kurssteigerung als Ertrag erscheinen, da sie ja ebenfalls der Effekt eines wirtschaftlich günstigen Erfolges sein kann. Sie müsste also auch dem Nutzniesser zufallen. Eine solche Auffassung würde aber jede gesunde Grenze zwischen den Rechten des Eigentümers und des Nutzniessers illusorisch machen. Sie würde, wie Meili selbst antönt, zu einer Überspannung des Nutzniessungsrechts führen³⁶⁹.

Zum gleichen Ergebnis wie Meili kommt neuerdings auch Beeler³⁷⁰. Er überlässt auf Grund von OR 690 II dem Nutzniesser die Ausübung sämtlicher Aktienrechte, damit auch des Bezugsrechts. OR 690 II bestimmt aber nur, wer die Aktien im Falle der Nutzniessung in der Generalversammlung zu vertreten berechtigt ist. Daraus kann u. E. nicht gefolgert werden, dass damit alle Aktienrechte dem Nutzniesser übertragen sind.

Das Bezugsrecht stellt vielmehr eine Vermehrung des Stammrechts des Eigentümers dar, denn es ist ein neu erworbenes selbständiges Vermögensrecht³⁷¹. Es kann deswegen auch nur dem Eigentümer zukommen. Wie das Bundesgericht³⁷² u. E. zutreffend erklärt, würde die Zuweisung des Bezugsrechts an den Nutzniesser geradezu eine Beeinträchtigung der Stammrechte des Aktieneigentümers bedeuten. Denn mit der Neuemission treten die neuen Anteilsrechte mit den alten in Konkurrenz. Dabei sind jedoch die Gewinnaussichten und das vorhandene Vermögen nicht äquivalent zu der bei der Geltendmachung des Bezugsrechts verlangten Einzahlung. Die alten Anteilsrechte erleiden folglich im Fall der Liquidation eine Schwächung, denn der Liquidationsanspruch der neuen Aktien erstreckt sich ebenso auf das gesamte vorhandene Vermögen und auf die Reserven. Da sich also die Zahl der Anteilsrechte und das vorhandene Vermögen nicht im gleichen Verhältnis vermehrt haben, muss auch die Liquidationsquote entsprechend geringer ausfallen.

Doch auch bei bestehender Gesellschaft wird durch die Einräumung eines Bezugsrechts ohne den Wertanteil der bisherigen Aktien entsprechende Einzahlung die Gewinnchance der einzelnen Aktien verringert. Das Gesellschaftskapital und die Reserven arbeiten nämlich nun für eine

367) Meili 5

368) 30

369) Oertli 31/32

370) 193

371) vgl. Staudinger/Kober § 1081/1082 Bem 6

372) BGE 46 II 476 ff

grössere Anzahl Aktien, und der Gewinn fällt in der Folge auch auf eine grössere Anzahl von Anteilsrechten. Dabei entspricht aber die Zunahme des Kapitals nicht der Vermehrung der Anteilsrechte ³⁷³.

Das Bundesgericht weist in seiner ausführlichen Entscheidung auch darauf hin, dass ein Konkurrenzverhältnis zwischen den neuen und alten Aktienrechten in bezug auf die Verwaltungskompetenzen entstehen würde. Diese vom Bundesgericht vorgebrachten Gründe sind u. E. stichhaltig, so dass das Bezugsrecht auf neue Aktien, auch wenn eine Nutzniessung besteht, dem Eigentümer der Titel zuzusprechen ist ³⁷⁴. Niemals ist aber der Nutzniesser bezugsberechtigt, auch in dem Falle nicht, wo der Eigentümer sein Recht nicht ausüben will ³⁷⁵.

III. Die Ausgabe von Gratisaktien

Zweifelhaft mag es jedoch sein, ob der Eigentümer auch dann bezugsberechtigt bleiben soll, wenn die Aktiengesellschaft sogenannte Gratisaktien herausgibt. Das bedeutet, dass die Gesellschaft neue Aktien verausgabt, auf die die Mitglieder nichts einzuzahlen haben. Die Aktiengesellschaft stellt den Aktionären aus ihren eigenen Mitteln den Nennbetrag der neuen Aktien zur Verfügung. Die Mittel beschafft sich die Gesellschaft aus dem Reingewinn des Geschäftsjahres oder aus den Reserven ³⁷⁶. Entnimmt die Gesellschaft die für die Gratisaktien erforderlichen Beträge dem jährlichen Reingewinn, so wird dadurch der Nutzniesser, dem ja die Dividenden zukommen, geschädigt. Unter Umständen kann der Nutzniesser um die ganze Dividende gebracht werden, wenn der Reingewinn in Form von Gratisaktien dem Eigentümer zufällt ³⁷⁷. Es scheint also zunächst, dass die Gratisaktien als Nutzniessungsertrag zu behandeln sind. Dazu ist jedoch zu bemerken, dass es für die Gesellschaft im Endergebnis das Gleiche bleibt, ob sie Gratisaktien ausgabe oder zuerst die für die Erhöhung des Stammkapitals erforderliche Summe durch Gewährung eines gewöhnlichen Bezugsrechts, verbunden mit Einzahlung durch die Aktionäre, beschaffe ³⁷⁸. Der Nutzniesser ist in derselben Lage, wie wenn der für die Gratisaktien verwendete Reingewinn durch verbindlichen Generalversammlungsbeschluss in Reserve gestellt oder für Abschreibungen benötigt worden wäre. Auch in einem solchen Fall entstände eine Vermehrung des Vermögens des Eigentümers durch Steigerung des Verkehrs — oder aber des innern Wertes der Aktien ³⁷⁹.

373) BGE 46 II 477

374) ebenso Lehmann 66 N 5, Gierke 694 N 75, Hacker 70 f, Weider 39 f, Plank § 1082 Bem 2, Staudinger/Kober § 1081/1082 Bem 6, Wieland Art. 774 Bem 11 c, Siegwart Art. 652 N 6, v. Steiger 308, Funk Art. 652 S. 241

375) Weider 40, Pfefferkorn 21, André 77/78

376) vgl. Kolb 9

377) vgl. Pfefferkorn 21/22

378) Weider 41

379) BGE 46 II 480

Wie bei der Ausgabe von Gratisaktien wird ein Teil des Jahresgewinnes im Vermögen der Aktiengesellschaft zurückbehalten und anstelle der Entrichtung des Gewinnanteils die bestehenden Gesellschaftsrechte verstärkt ³⁸⁰. Diese Erwägungen sprechen gegen die Behandlung der Gratisaktien als Erträgnis.

Das Bundesgericht belegt diese Auffassung in der angeführten Entscheidung durch eine weitere Erwägung, die es verdient hier wiederzugeben zu werden. Zahlt nämlich z. B. die Aktiengesellschaft zum Teil liberierte Aktien aus dem Jahresgewinn für die Aktionäre voll ein, so entsteht dadurch in der Person des Nutzniessers kein Recht an der vollliberierten Aktie. Das in der Aktie verkündete Recht ist ja nicht teilbar, ebensowenig darf dem Aktionär eine Barzahlung an den Nutzniesser mit Rücksicht auf die Gefahr der Entwertung der Aktie zugemutet werden. „Ist aber bei der aus den Geschäftserträgen erfolgten Voll-liberierung einer nur zum Teil einbezahlten Aktie“, so schliesst das Bundesgericht, „nur die Lösung möglich, dass das gesamte Aktienrecht als erweitertes Stammrecht dem Eigentümer verbleibt, so ist nicht einzusehen, warum der ganz analoge Fall der Erhöhung des Aktienkapitals durch Ausgabe neuer aus dem Gewinn liberierter Aktien anders behandelt werden sollte“.

Aus mannigfachen Gründen kommen also Gratisaktien ebenfalls dem Aktieneigentümer zu ³⁸¹.

IV. Die Rechtsstellung des Nutzniessers

Hingegen erhält der Nutzniesser das Nutzniessungsrecht auch an den neuen Aktien und den Gratisaktien. Das ergibt sich schon daraus, dass die neuen Aktien eine Erweiterung des alten Aktienrechts darstellen. Die Nutzniessung muss sich folglich ohne weiteres auch auf die Erweiterung ausdehnen ³⁸². Das Gleiche gilt auch bei Ausgabe von Gratisaktien, denn der Teil des Jahresergebnisses, der zur Liberierung diente, wäre in Form von Dividenden ausgeschüttet worden und demzufolge im ganzen Umfange dem Nutzniesser zugefallen. Eine weitere Bestätigung dieser Ansicht findet das Bundesgericht, indem es die Analogie einer teilweisen Liberierung der Aktien durch die Aktiengesellschaft heranzieht. Auch in diesem Fall würde sich die Nutzniessung auf die gesamten Erträge der vollliberierten Aktien beziehen. Eine andere Behandlung des ganz analogen Falles der Gratisabgabe von Aktien wäre aber nicht zu begründen ³⁸³.

380) a. a. O.

381) vgl. Weider 41, Pfefferkorn 23, Bernicken 219, Kolb 77, v. Steiger 160 B. u. R. 660/661 N 41

382) vgl. BGE 46 II 481, B. u. R. 652 S. 241

383) BGE 46 II 482, ebenso B. u. R. 690 S. 317

In der Praxis kommt es oft vor, dass der Aktionär sein Bezugsrecht verkauft. Der Erlös aus diesem Verkauf gebührt unzweifelhaft dem Eigentümer, wogegen dem Nutzniesser das Nutzniessungsrecht an diesem Betrag zukommt³⁸⁴. Gleichfalls erhält der Aktieneigentümer einen von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten, für die Gratisaktien bestimmten Barbetrag, wenn er sein Recht auf Gratisaktien nicht ausübt³⁸⁵. Denn auch dieser Betrag ist nicht als Dividende zu betrachten, da der Reingewinn zur Ausgabe von Gratisaktien verwendet worden ist. Demnach bedeutet diese Summe einen Ersatz für die Gratisaktie und ist wie diese dem Eigentümer zuzuwenden³⁸⁶.

V. Die formelle Seite der Ausübung des Bezugsrechts

Bis jetzt haben wir nur die materiellrechtliche Seite der Bezugsberechtigung ins Auge gefasst. Es ist jedoch notwendig, das Problem auch vom formellen Standpunkt aus zu betrachten.

Bei Ausübung des Bezugsrechts verlangt die Gesellschaft in der Regel die Vorlegung des Hauptpapiers zwecks Abstempelung. Zur Vermeidung der umständlichen Abstempelung können auch einzelne Coupons zum Zwecke der Ausübung des Bezugsrechts bestimmt sein³⁸⁷. Da aber die mit Nutzniessung belasteten Aktien gewöhnlich hinterlegt sind, ist der Nutzniesser dem Eigentümer gegenüber nach Treu und Glauben gehalten (ZGB 2), bei der Ausübung des Bezugsrechts mitzuwirken. Befinden sich die Papiere im Alleinbesitz des Niessbrauchers, so hat er die Aktienurkunde zwecks Ausübung des Bezugsrechts bei der Gesellschaft zu hinterlegen³⁸⁸. Sind zum Beweise der Berechtigung einzelne Coupons bestimmt, so hat der Nutzniesser diese dem Eigentümer zu übergeben.

Die Gesellschaft befreit sich rechtsgültig durch Leistung an den ihr gegenüber als Eigentümer Legitimierten nach den Vorschriften des Wertpapier- und Aktienrechts.

§ 25. Das Recht auf die Liquidationsquote und die Amortisationssumme

I. Das Recht auf den Liquidationserlös

Im Rahmen der Untersuchung der in der Aktie verbrieften Vermögensrechte muss auch geprüft werden, welche Rechte dem Eigentümer, bzw. dem Nutzniesser am Liquidationserlös zukommen.

384) vgl. André 72

385) vgl. Pfefferkorn 23, Weider 41

386) vgl. dieselben a. a. O.

387) Kaderli 111

388) vgl. Weider 63

Das Recht auf einen Anteil am Vermögen ist schon während bestehender Gesellschaft der Aktie immanent. Für den Aktionär erlangt es jedoch erst im Stadium der Liquidation der Aktiengesellschaft erhöhte Bedeutung³⁸⁹. Der Anspruch auf die Liquidationsquote (OR 660 II), der zunächst ein Mitgliedschaftsrecht ist, verwandelt sich mit der Genehmigung der Schlussbilanz durch die Generalversammlung und der Festsetzung der Verteilungsquote in ein Gläubigerrecht³⁹⁰. Damit erhält der Nutzniesser die Nutzniessung an der betreffenden Forderung (ZGB 774 II), während das Gläubigerrecht ohne Zweifel in der Person des Bestellers entsteht³⁹¹. Das Nutzniessungsrecht wird jedoch erst mit der Auszahlung der Quote aktuell, da die Forderung vorher keinen Ertrag abwirft.

Nach ZGB 774 I muss die Gesellschaft an den Eigentümer und den Nutzniesser gemeinsam leisten oder hinterlegen, sofern sie nicht ermächtigt ist, dem Aktionär oder dem Nutzniesser die Quote zu entrichten. Daneben sind aber noch die Bestimmungen des Aktien- und Wertpapierrechts betreffend die Leistung an den vollegitimierten Ansprecher zu beachten³⁹². Was die entstehende Nutzniessung und die Neuanlage anbetrifft, können wir auf die im Paragraphen über das Recht auf Nutzniessung am Leistungsgegenstand gemachten Ausführungen verweisen³⁹³.

Es ist möglich, dass die Statuten oder ein Beschluss der Generalversammlung bestimmen, die Liquidationsquote sei in Form von Sachen, Rechten oder Leistungen anderer Art auszurichten³⁹⁴. Praktisch kommt dieser Fall vor allem bei der Fusion vor. Die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft werden dabei gegen Rückgabe ihrer Aktien mit solchen der aufnehmenden Gesellschaft oder, bei Kombination, der neugegründeten Gesellschaft entschädigt (OR 748 Ziff. 8, 749 Ziff. 4)³⁹⁵.

II. Das Recht auf die Amortisationssumme

Sehen die Statuten einer Gesellschaft bei Herabsetzung des Grundkapitals eine zwangsweise Amortisation oder Auslosung von Aktien vor, so gelten für die Amortisationssumme die gleichen Regeln wie für die Liquidationsquote. Das mitgliedschaftliche Recht auf Auslosung wird mit der Auslosung zum Gläubigerrecht gegen die Gesellschaft auf Auszahlung der Amortisationssumme³⁹⁶.

389) vgl. Hacker 68/69

390) vgl. Lehmann 593, Hacker 69, Weider 28 und 42, Pfefferkorn 23/24, v. Steiger 358, ferner Maurer 51 ff

391) vgl. v. Steiger 161

392) vgl. vorn S. 64 ff

393) vgl. vorn S. 31 ff

394) OR 660 II, Lehmann 592, Hacker 70, Weider 48

395) vgl. Guhl 515/516

396) vgl. Pfefferkorn 25

Wurde bei der Amortisation von Aktien ausser der Amortisationssumme noch ein Genussschein ausgerichtet, so erstreckt sich die Nutzniessung auch darauf. Da die Genussscheine in der Regel Wertpapiere darstellen³⁹⁷, muss der Eigentümer die Nutzniessung dem Berechtigten nach den im allgemeinen Teil besprochenen Regeln bestellen. Welche Befugnisse der Nutzniesser auf Grund dieser Genussscheine auszuüben berechtigt ist, bestimmt sich nach deren Inhalt. Sie verbriefen jedoch keine Mitgliedschaftsrechte, sind also keine Aktien, sondern verleihen nur bedingte Gläubigeransprüche, wie Ansprüche auf einen Anteil am Reingewinn oder am Liquidationsergebnis oder auf den Bezug neuer Aktien (OR 657 IV)³⁹⁸.

Wenn die Liquidationsquote oder die Amortisationssumme den Nennbetrag der Aktie, bzw. die bei einer Überpariemiission gezahlte Einlage summe nicht erreicht, besteht für den Eigentümer keine Verpflichtung, ausser bei Parteivereinbarung, den Nutzniesser für den Ausfall schadlos zu halten. Ebenso wenig ist auf der andern Seite der Überschuss als Ertragnis dem Nutzniesser zuzusprechen, wenn der Liquidationserlös oder die Amortisationssumme höher ausfällt, als der Nennbetrag oder die Einlagesumme beträgt. Entsprechend der Prämie bei Prämienpapieren unterliegt das Mehr als Kapitalzuwachs der Nutzniessung³⁹⁹.

§ 26. Das Stimmrecht

I. Das Problem und die verschiedenen Auffassungen

Die Frage, wer im Nutzniessungsverhältnis zur Ausübung des Stimmrechts berechtigt sei, war bis zum Inkrafttreten des revidierten OR sehr umstritten. Es ging in der Hauptsache darum, ob das Stimmrecht ein Ertrag, eine Nutzung der Aktie darstelle, bzw. als Verwaltungshandlung zu betrachten sei. Der Gesetzgeber hat nun dieses Problem in OR 690 II ein für allemal gelöst, indem er die in Niessbrauch stehenden Aktien vom Nutzniesser vertreten lässt.

Trotzdem scheint es von Interesse zu sein, die früher vertretenen und teilweise im Ausland noch herrschenden Auffassungen kurz zu umreissen. Es sind im wesentlichen folgende:

A. Das Stimmrecht wird dem Eigentümer allein zugesprochen⁴⁰⁰. Die Vertreter dieser Ansicht begründen ihren Standpunkt in der Hauptsache damit, dass das primäre Interesse an den zur Abstimmung kommenden

397) vgl. Beeler 278, Siegwart Art. 657/658 N 11, Broillet 36

398) vgl. Beeler a. a. O., Siegwart a. a. O. N 2 und N 27 ff, Broillet 25, BGE 31 II 451 ff

399) vgl. Hacker 70, Weider 48

400) so Lehmann 66, Weider 57, Planck § 1081 Bem 2, Soergel § 1069 Bem 3, Pappenheim 208, Pfefferkorn 28 f, Gahl 57, Weber 43 ff

Fragen dem Eigentümer zustehe. Der Nutzniesser habe hingegen nur ein sekundäres Interesse und entscheide nur vom Standpunkt seines Ertragsrechtes aus ⁴⁰¹.

B. Das Stimmrecht steht für einzelne Abstimmungen dem Nutzniesser, für andere dem Eigentümer zu ⁴⁰². Hier wird unterschieden zwischen Beschlüssen der Generalversammlung, die nur die laufende Verwaltung betreffen und solchen, die eine Änderung der Vermögenssubstanz zur Folge haben. Dabei soll der Nutzniesser in jenen Fällen stimmberechtigt sein, der Eigentümer in diesen. Müssen in einer Generalversammlung Entscheide der ersten wie der zweiten Art gefällt werden, so soll für diese Versammlung dem Nutzniesser allein das Stimmrecht zustehen. Diese Lösung ist jedoch in praxi mit Schwierigkeiten verbunden, denn es ist ohne Zweifel nicht leicht, die Grenze zwischen den verschiedenen Generalversammlungsbeschlüssen zu finden ⁴⁰³.

C. Das Stimmrecht gebührt dem Eigentümer und dem Nutzniesser gemeinsam ⁴⁰⁴. Diese Ansicht vertrat auch das Bundesgericht ⁴⁰⁵. Es stellte fest, dass das Stimmrecht nicht als Nutzung des Aktienrechts, hingegen dessen Ausübung als eine zum Genuss führende Verwaltungshandlung angesehen werden könne. Die Verwaltung unterstehe dem Nutzniesser jedoch nur soweit, als es der volle Genuss erfordere. Da sich aber das Stimmrecht auch auf Massnahmen erstrecke, die das Stammrecht betreffen, sei eine gemeinsame Ausübung am Platze. Auch diese Art der Ausübung des Stimmrechts schliesst jedoch einen schwerwiegenden Nachteil in sich. Grosse Schwierigkeiten entstehen nämlich dann, wenn sich Eigentümer und Nutzniesser nicht einig sind, in welchem Sinne sie in der Generalversammlung stimmen wollen ⁴⁰⁶.

D. Eine weitere, heute nicht mehr vertretene Ansicht wollte das Stimmrecht während der Dauer der Nutzniessung überhaupt ruhen lassen ⁴⁰⁷.

E. Der Nutzniesser allein ist stimmberechtigt. Die einen Befürworter dieser Lösung überlassen das Stimmrecht dem Nutzniesser unbedingt ⁴⁰⁸, während es die andern von der Zustimmung des Eigentümers abhängig machen wollen, wenn es sich um Entscheidungen handelt, die ausserhalb der ordentlichen Verwaltung liegen ⁴⁰⁹.

401) vgl. Weber 54/55

402) vgl. ders. 39 ff, Mariotti 183 und dort zit.

403) vgl. Weber a. a. O.

404) vgl. Gierke 694 N 75, Mariotti 184 und dort zit.

405) BGE 50 II 545 ff

406) vgl. Pfefferkorn 28, Weider 50/51, Weber 47 ff, André 95/96

407) vgl. dazu Mariotti 184/185 und dort zit.

408) so Wieland Art. 774 Bem 11 d, Hacker 186, Jacobi 472

409) so Leemann Art. 774 N 49 und SJZ 19, 337 f, Curti Art. 773 Bem 4,

II. Die Regelung im OR

Um dem Streit ein Ende zu bereiten, hat sich der Gesetzgeber, wie wir gesehen haben, in OR 690 II aus praktischen Gründen ebenfalls für den Nutzniesser als Stimmberechtigten entschieden, und zwar in folgendem Sinne: „Im Falle der Nutzniessung an einer Aktie wird diese durch den Nutzniesser vertreten; er wird dem Eigentümer ersatzpflichtig, wenn er dabei dessen Interessen nicht in billiger Weise Rücksicht trägt“⁴¹⁰. Diese Lösung drängt sich um so mehr auf, als das Stimmrecht nicht nur die Möglichkeit verleiht, das Aktienrecht zu nutzen, sondern es auch von Grund auf umzugestalten. Der Nutzniesser ist z. B. berechtigt, in der Generalversammlung über eine Änderung des Gesellschaftszweckes oder sogar über deren Auflösung abzustimmen⁴¹¹. Man kann daher dem Nutzniesser das Stimmrecht nicht völlig frei überlassen, sondern er muss in billiger Weise die Interessen des Aktieneigentümers wahrnehmen. Andernfalls würde er dem Eigentümer gegenüber schadenersatzpflichtig. Man wird jedoch immer darüber streiten können, ob die Interessen des Nutzniessers oder diejenigen des Eigentümers an Bedeutung überwiegen⁴¹².

OR 690 II wird auch für den Ehemann Geltung haben; denn er zieht — ausgenommen beim Güterstand der Gütertrennung — die Nutzungen der zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehörenden Aktien ähnlich wie ein Nutzniesser⁴¹³.

III. Die Schadenersatzpflicht

Wann wird der stimmberechtigte Nutzniesser infolge seiner Stimmabgabe in der Generalversammlung dem Eigentümer gegenüber schadenersatzpflichtig? Wie wir festgestellt haben, muss der Nutzniesser bei Ausübung seiner Befugnis in billiger Weise auf die Interessen des Urkundeneigentümers Rücksicht nehmen. Kollisionen der beiden Interessen können aber vorkommen, und zwar am ehesten bei Beschlüssen über die Festsetzung der Dividenden. Entscheidet die Generalversammlung entsprechend dem Antrag der statutenmässig berufenen Organe, so muss die Vermutung gelten, „es sei nach kaufmännisch richtigen Grundsätzen objektiv vorgegangen und die richtige Mitte zwischen dem gesetzlich vorgeschriebenen Mindestmass an Abschreibungen oder Rücklagen und überflüssiger Vorsicht eingehalten worden“⁴¹⁴. Eine Schadenersatzpflicht wird also dann gegeben sein, wenn der Nutzniesser durch seine Stimme

410) vgl. Staudinger/Kober § 1081/1082 Bem 1 a

411) vgl. Weider 56

412) Botschaft 1928, 42, SAG 14, 203

413) ZGB 200, 201; BGE 50 II 550; vgl. im einzelnen Knapp 157 ff; v. Steiger 72

414) Weider 69

oder Stimmenthaltung einen Antrag genehmigt, der auf nicht objektive Art die Gewinnverteilung vor der Reservestellung begünstigt ⁴¹⁵.

Was den Legitimationsnachweis bei Ausübung des Stimmrechts anbelangt, kann auf das in § 22 Gesagte verwiesen werden ⁴¹⁶.

IV. Ist OR 690 II zwingendes Recht?

Es stellt sich mit andern Worten die Frage, ob der Eigentümer und der Nutzniesser eine von OR 690 II abweichende Regelung treffen dürfen. Kann z. B. der Eigentümer im Einverständnis mit dem Niessbraucher an der Abstimmung teilnehmen? Wie v. Steiger ⁴¹⁷ richtig hervorhebt, scheint die Botschaft zum bundesrätlichen Entwurf ⁴¹⁸ eher den zwingenden Charakter der Bestimmung anzunehmen. Es wird nämlich erklärt, dass mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des praktischen Lebens auf eine Einigung von Eigentümer und Nutzniesser über die Stimmabgabe oder über die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters nicht abgestellt werden könne. Diese Auffassung vertrat ursprünglich auch das eidgenössische Amt für das Handelsregister ⁴¹⁹, als es nicht zuließ, dass die Statuten eine von OR 690 II abweichende Regelung trafen. Später hat jedoch das Handelsregisteramt seinen Standpunkt geändert und erklärt, dass die gegenteilige Auffassung zumindest vertretbar sei ⁴²⁰. OR 690 II sei nämlich daher nicht als zwingend zu betrachten, weil gestützt auf die in der Doktrin vorherrschende Meinung, wonach das Stimmrecht dem Eigentümer zustehen sollte, der Gesetzgeber auch für eine vom genannten Artikel abweichende statutarische Bestimmung die Türe offen lassen wollte. Obwohl das eidgenössische Amt für das Handelsregister diese Ansicht ohne eigentlich überzeugende Gründe vertritt, ist sie u. E. doch als grundsätzlich richtig zu betrachten ⁴²¹. Es besteht denn auch kaum ein öffentliches Interesse daran, dass der Nutzniesser unter allen Umständen stimmberechtigt sein soll. Ausserdem kann er nach der Ordnung des Gesetzes sicherlich den Eigentümer bevollmächtigen und ihn mit der Ausübung des Stimmrechts beauftragen. Auch aus diesem Grunde muss es der Gesellschaft, die ja für die Regelung ihrer Organisation eine gewisse Autonomie besitzt, gestattet sein, in Nutzniessung stehende Aktien durch den Eigentümer vertreten zu lassen ⁴²². Dieser Auffassung stehen um so weniger Bedenken entgegen, als auch die

415) ders. a. a. O., Guhl 472

416) vgl. vorn S. 64 ff

417) in SAG 17, 53

418) S. 42 ff

419) SAG 13, 198

420) SAG 14, 203

421) vgl. auch Funk Art. 690 S. 317; a. A. Moser 111

422) vgl. v. Steiger SAG 17, 53/54 und in Recht der AG 158/159

Bestimmungen über die Verwaltung der Nutzniessungsgegenstände durch Parteivereinbarung abgeändert werden können. Die Gesellschaft kann demzufolge auch, wie v. Steiger ⁴²³ u. E. zutreffend bemerkt, in den Statuten ein für allemal bestimmen, dass mit Nutzniessung belastete Aktien durch den Eigentümer vertreten werden.

V. Das Depotstimmrecht

Da OR 690 II nicht zwingender Natur ist, muss es im Falle der Hinterlegung der Aktien auch zulässig sein, diese von der Bank vertreten zu lassen ⁴²⁴. Dazu benötigt die Bank seitens der Deponenten eine Vertretungsvollmacht, die in einer besondern Urkunde niedergelegt ist ⁴²⁵. Die Bank kann von Fall zu Fall als auch generell ermächtigt werden. Bei Ausübung des Stimmrechts muss die Bank stets im Interesse der Deponenten vorgehen. Absichtliche oder fahrlässige Verletzung dieses Prinzips macht die Bank ersatzpflichtig ⁴²⁶.

VI. Exkurs: Das Stimmrecht bei Obligationen in Nutzniessung

Auch bei Obligationen kann das Stimmrecht Bedeutung erlangen, so bei Sanierungen, bei einem Nachlassvertrag oder im Konkurs ⁴²⁷. Die für das Aktienstimmrecht aufgestellten Regeln sind hier analog anzuwenden. Von Interesse ist besonders der Fall der Nutzniessung an Anleiensobligationen. Die Frage, wer in der Gläubigerversammlung oder gemäss OR 1172 II anschliessend stimmberechtigt sein soll, hat der Gesetzgeber ebenfalls ausdrücklich zugunsten des Nutzniessers entschieden: „Stimmberechtigt ist der Eigentümer einer Obligation oder sein Vertreter, bei in Nutzniessung stehenden Obligationen jedoch der Nutzniesser oder sein Vertreter. Der Nutzniesser wird aber dem Eigentümer ersatzpflichtig, wenn er bei der Ausübung des Stimmrechts auf dessen Interessen nicht in billiger Weise Rücksicht nimmt.“ (OR 1167 I/1168). Diese Regelung stimmt inhaltlich mit OR 690 II überein. Wir können daher in der Hauptsache auf die dort dargelegten Grundsätze verweisen.

Ist der Nutzniesser identisch mit dem Schuldner der Anleiensobligationen, so gewähren sie kein Stimmrecht ⁴²⁸. Unterliegen hingegen dem Schuldner gehörende Anleiensobligationen der Nutzniessung eines Drit-

423) a. a. O.

424) vorbehältlich OR 695

425) Kaderli 165, OR 689 III, IV, V Ziff. 2

426) ders. a. a. O.

427) ders. a. a. O.

428) Ziegler Art. 1167 N 1

ten, so sind sie durch den Nutzniesser vertretbar⁴²⁹. In Analogie zu OR 695 entfällt das Stimmrecht bei Beschlüssen über die Entlastung eines Anleihensvertreters, der selbst Niessbraucher ist⁴³⁰.

Was die Stimmrechtsausübung an sich betrifft, ist auf Art. 3 II/III der Verordnung über die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen⁴³¹ hinzuweisen.

Die für die Anlehensobligationen geltenden Vorschriften finden ausserdem auf Pfandbriefe⁴³² der beiden Pfandbriefzentralen und auf die Genussscheine der Aktiengesellschaft Anwendung⁴³³.

§ 27. Das Recht auf Anfechtung und die Auflösungsklage

I. Die Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse

Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, können von jedem nicht zustimmenden Aktionär mittels Klage beim Richter angefochten werden (OR 706). Auch hier stellt sich wieder die Frage, wer im Nutzniessungsverhältnis zur Anfechtung berechtigt ist.

In der Literatur und Rechtssprechung gehen die Meinungen darüber auseinander. So gibt z. B. Hacker⁴³⁴ das Anfechtungsrecht grundsätzlich dem Nutzniesser, überlässt es dem Eigentümer, allerdings in Konkurrenz mit jenem, hinsichtlich der Beschlüsse, welche die Substanz des Rechts verletzen. Weider spricht es, wie das Stimmrecht, dem Eigentümer zu⁴³⁵. Eine andere Auffassung geht dahin, den Eigentümer materiell zu berechtigen, alle Beschlüsse der Generalversammlung anzufechten; dabei soll jedoch dem Nutzniesser gestattet sein, Beschlüsse über unzulässige Verwendung von Reingewinn, die sein Recht auf Dividende tangieren, anzufechten⁴³⁶.

Im schweizerischen Recht wird vorwiegend die Ansicht vertreten, dass sowohl Nutzniesser wie auch Eigentümer das Anfechtungsrecht besitzen, da beide selbständige Interessen daran hätten⁴³⁷. Dagegen wird jedoch eingewendet, dass gemäss OR 690 II alle Aktienrechte in der Hand des dinglich Berechtigten vereinigt seien, also auch das Anfechtungs-

429) ders. a. a. O. N 2

430) ders. a. a. O. N 4

431) GGV vom 9. Dez. 1949

432) BG vom 25. Juni 1930 über die Ausgabe von Pfandbriefen Art. 30

433) Ziegler Vorbem. Art. 1156 - 1186 N 2

434) 68, ebenso Staudinger/Kober § 1081/1082 Bem 1 a

435) 70

436) Pfefferkorn 30, Planck § 1081 Bem 2

437) vgl. Leemann Art. 774 N 50, v. Steiger 159/160, Funk Art. 706 S. 350

recht dem Nutzniesser zustehe⁴³⁸. Das kann nicht zutreffen, denn wie aus den Randtiteln zu den Art. 689 und 690 OR hervorgeht, bezieht sich OR 690 II nur auf die Teilnahme an der Generalversammlung. Das Anfechtungsrecht ist aber nicht von der Teilnahme abhängig⁴³⁹. Auch stellt die Anfechtungsklage, wie Stadlin⁴⁴⁰ u. E. richtig bemerkt, geradezu ein Rechtsbehelf des Eigentümers dar. Denn, nur wenn der Eigentümer über dieses Mittel verfügt, ist er in der Lage, „ihm nachteilige Beschlüsse, zu denen der Nutzniesser beigetragen oder die er geradezu durch seine grosse Stimmkraft herbeigeführt hat, gerichtlich zu stürzen“⁴⁴¹. Nur so wird es ihm auch möglich sein, gegebenenfalls durch rechtzeitiges Eingreifen einen Schaden zu verhindern, für den der Nutzniesser in vielen Fällen doch nicht vollen Ersatz zu leisten imstande wäre⁴⁴². Eine Klage gegenüber dem Nutzniesser würde dem Eigentümer z. B. nicht genügen im Falle, wo der Nutzniesser wohl entsprechend den Interessen gestimmt hat, aber den von einer Majorität ohne seine Mitwirkung ergangenen Generalversammlungsbeschluss nicht anfechten will, da seine eigenen Interessen nicht geschädigt worden sind⁴⁴³. Der Eigentümer wird wohl kaum verlangen können, dass der Nutzniesser für ihn einen Prozess gegen die Gesellschaft anstrengt. Man muss also u. E. dem Eigentümer das Anfechtungsrecht zur Verteidigung seiner Interessen zur Verfügung stellen.

Da nun aber einmal der Nutzniesser kraft Gesetzes an den Abstimmungen partizipieren kann, ist es kaum anzunehmen, dass er von der Anfechtung gesetzes- und statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüssen ausgeschlossen ist. Durch solche Beschlüsse kann ja auch die Stellung des Nutzniessers tangiert werden. Das in Frage stehende Recht ist deshalb beiden, sowohl dem Eigentümer als auch dem Nutzniesser zur selbständigen Ausübung zuzusprechen. Nur in diesem Fall ist es möglich, dass jeder Interessierte sein Recht ungehindert geltend machen kann.

II. Die Auflösungsklage

Einer gesonderten Betrachtung bedarf noch die Frage, wer die Klage auf Auflösung der Gesellschaft erheben darf (OR 736 Ziff. 4, bzw. 625 II, 643 III). Die erfolgreiche Anstrengung einer Auflösungsklage führt die Vernichtung der Gesellschaft herbei. Das Ende der Gesellschaft bewirkt

438) vgl. Beeler 193

439) vgl. OR 706 I, BIZR 39, Nr. 97, 218, Ensslin 72, v. Steiger 221, Funk a. a. O., v. Büren 151, BGE 74 II 41, Pra. 37 (1948) 214 ff; a. A. früher: BGE 54 II 19, 65 II 225

440) SAG 17, 191

441) Stadlin a. a. O.

442) ders. a. a. O.

443) vgl. v. Steiger SAG 17, 55 und dort angeführtes Beispiel: Beschluss einer dem Jahresergebnis nicht entsprechenden, übermässig hohen Dividende.

aber auch den Untergang der Nutzniessung an Aktien. Die Herbeiführung der Auflösung der Aktiengesellschaft geht daher sicherlich über den Zweck der Nutzniessung hinaus. Demzufolge können, in Anwendung von ZGB 773 II, weder der Nutzniesser noch der Eigentümer allein, sondern nur beide gemeinsam zur Klage auf Auflösung aktivlegitimiert sein. Beide haben auch ein gleich grosses Interesse an der Erhaltung und Sicherung des Stammrechts⁴⁴⁴. Diese Lösung ist natürlich nicht als zwingend zu betrachten. Den Parteien ist es gestattet, durch Vereinbarung dem einen oder andern die Befugnis zur Klageerhebung zu überlassen oder einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen⁴⁴⁵.

§ 28. Die Einzahlungspflicht auf nicht vollliberierte Aktien

I. Allgemeines

Namenaktien⁴⁴⁶ werden vielfach in Verkehr gebracht, ohne dass der volle Nennwert vom Zeichner einbezahlt worden ist. Die Restzahlung wird dabei gewöhnlich erst gefordert, wenn unerwartete Ereignisse eintreten. Tritt dieser Fall ein, so ist es einleuchtend, dass nur der Eigentümer als Mitglied der Gesellschaft materiellrechtlich nachleistungspflichtig wird⁴⁴⁷. Freilich kann sich die Gesellschaft hinsichtlich der Leistung der Einzahlung an den ihr gegenüber als Aktionär Legitimierten halten, also bei Namenaktien an die im Aktienbuch eingetragene Person⁴⁴⁸.

II. Das Verhältnis des Eigentümers zum Nutzniesser

Von grösserer Problematik ist aber die Frage, ob der Eigentümer auf Grund des Nutzniessungsverhältnisses dem Nutzniesser gegenüber zur Einzahlung verpflichtet ist. Die Entscheidung dieser Frage ist darum von Bedeutung, weil die Nichterfüllung der Verpflichtung schwerwiegende Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Die Verwaltung der Aktiengesellschaft ist nämlich solchenfalls gemäss OR 681 II befugt, den Aktionär der ihm aus der Zeichnung zustehenden Rechte und der geleisteten Teilzahlung verlustig zu erklären und anstelle der wegfallenden Aktien neue

444) Bertsch 156/157

445) ders. 157 und vorn S. 26

446) Inhaberaktien dürfen erst nach der Einzahlung des vollen Nennwertes ausgegeben werden (OR 683). Unter dem aOR ausgegebene nicht vollliberierte Inhaberaktien behalten ihre Gültigkeit. vgl. Übergangsbest. 11, a. OR 636

447) vgl. Weider 73, v. Steiger 161

448) vgl. Hacker 73, Weider a. a. O., Pfefferkorn 30 f

auszugeben (Kaduzierungsverfahren). Damit würde aber auch die Nutzniessung untergehen.

Dass der Nutzniesser auch auf Grund des Legalschuldverhältnisses nicht zur Zahlung der restlichen Einlage verpflichtet ist, darf mit der herrschenden Meinung ohne weiteres angenommen werden⁴⁴⁹. Zahlt der Nutzniesser trotzdem ein, so handelt er wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (ZGB 753, OR 419 ff.). Genehmigt der Eigentümer die Leistung nachträglich, so gelangen die Regeln über den Auftrag zur Anwendung (OR 424, 394 ff.). Sofern er nicht zustimmt, bleibt dem Nutzniesser nur ein Bereicherungsanspruch.

Auch für den Eigentümer besteht keine Verpflichtung dem Nutzniesser gegenüber, die Restzahlung an die Gesellschaft zu leisten⁴⁵⁰. Selbst wenn als Folge der Nichterfüllung der Einzahlungspflicht das Aktienrecht und damit die Nutzniessung durch Kaduzierungsbeschluss untergeht, wird der Eigentümer nicht schadenersatzpflichtig⁴⁵¹. Denn mit der Bestellung der Nutzniessung hat sich der Eigentümer nicht ipso iure verpflichtet, die Zahlung des noch ausstehenden Betrages zu übernehmen. Der Fall, wo etwas anders vereinbart worden ist, bildet natürlich eine Ausnahme⁴⁵².

Die gegenteilige Auffassung wird von einigen Autoren mit der Begründung vertreten, die Liberierung der Aktien sei als eine „andere Last“ nach ZGB 765 III anzusehen und falle daher dem Eigentümer als eine Pflicht zu⁴⁵³. Diese Interpretation des Art. 765 III geht jedoch u. E. zu weit; denn, wie André⁴⁵⁴ zutreffend sagt, „si l'action existe déjà avant le paiement complet, cette existence est imparfaite et suppose pour être durable le paiement du solde; ce dernier est donc constitutif du droit d'actionnaire et ne peut être une charge qui le grève“.

Zahlt aber der Eigentümer den Restbetrag auf die Aktien ein, so erhebt sich die Frage, ob sich die Nutzniessung damit auf den nachgezählten Betrag erstreckt. Das ist mit Weider⁴⁵⁵ zu verneinen, da die Bestellung der Nutzniessung damals nur auf die bereits eingezahlte Teilsumme ging. Ebensowenig wird man ohne weiteres einen rechtsgeschäftlichen Willen annehmen dürfen, der auf die Ausdehnung des Niessbrauchs auf die ganze Einlage gerichtet war. Dies gilt besonders darum, weil ja der Eigentümer die Einzahlung des Restbetrages nicht leisten muss⁴⁵⁶. Wir kommen also zum Schluss, dass sich die Nutzniessung nur dann auf die Nachzahlung erstreckt, wenn der rechtsgeschäftliche Wille klar

449) Lehmann 67, Gierke 694 N 75, Hacker a. a. O., Weider a. a. O., André 111

450) ebenso die herrschende Ansicht: vgl. die in N 449 angeführten Autoren, sowie v. Steiger 161, Wettstein 90

451) Pfefferkorn 31

452) vgl. Lehmann a. a. O., Gierke a. a. O., Hacker 74, Weider 73 f, Pfefferkorn a. a. O.

453) vgl. z. B. Weber 33, Pappenheim 209

454) 111

455) 74

456) Weider a. a. O.

erkennbar darauf gerichtet war. Andernfalls besitzt der Nutzniesser nur das Recht auf einen entsprechenden Teil der Dividende, der sich nach dem Verhältnis zwischen dem im Zeitpunkt der Bestellung der Nutzniessung einbezahlten Betrag und der im Augenblick der Dividendenfeststellung geleisteten Summe bestimmt ⁴⁵⁷.

457) ders. a. a. O., André 113

LEBENS LAUF

Ich wurde am 17. November 1927 in Zürich geboren. An meinem Geburtsort besuchte ich die Primar- und Mittelschule und erwarb im Herbst 1946 an der Kantonsschule Zürich die Handelsmatur. Hierauf absolvierte ich ein zweijähriges Praktikum bei der Schweizerischen Nationalbank in Zürich. Im Herbst 1948 wandte ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Zürich zu. Im Juni 1954 schloss ich meine Studien mit der mündlichen Doktorprüfung an der Universität Zürich ab.

